

## **Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers sykdom**

Kandidatnummer: 616  
Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17.726 ord

14.04.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Historikk	3
1.3	Avgrensninger/presiseringer	5
1.4	Aktualitet	6
1.5	Internasjonal rett	7
1.6	Om sykdom og ulykke	8
<b><u>2</u></b>	<b><u>HENSYN</u></b>	<b><u>11</u></b>
2.1	Om hensyn ved oppsigelse på grunn av sykdom	11
2.2	Hensynet til virksomheten og arbeidsgiver	11
2.3	Hensyn til arbeidstaker	13
2.4	Avveining mellom kryssende hensyn	15
<b><u>3</u></b>	<b><u>DET SÆRSKILTE OPPSIGELSESVERN VED SYKDOM</u></b>	<b><u>16</u></b>
3.1	Om oppsigelsesvernet	16
3.2	Verneperioden	17
3.2.1	Utgangspunktet	17
3.2.2	Verneperioden og hyppige sykefravær	18
3.2.3	Vilkår om sykefravær?	22
3.3	Krav til årsakssammenheng – ”på grunn av sykdom”	23

<b>3.4</b>	<b>Vilkår for oppsigelsesvernet</b>	<b>25</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>NÆRMERE OM SYKDOMMENS BETYDNING</u></b>	<b><u>28</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Utgangspunktet</b>	<b>28</b>
<b>4.2</b>	<b>Sykdommens opprinnelse</b>	<b>28</b>
4.2.1	Sykdom som forelå ved ansettelsen	28
4.2.2	Selvforskyldt sykdom	29
4.2.3	Skade eller sykdom pådratt i arbeidsgivers tjeneste	30
<b>4.3</b>	<b>Sykdomsbildet</b>	<b>31</b>
<b>4.4</b>	<b>Særlig om hyppige korttidsfravær</b>	<b>33</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>NÆRMERE OM TILRETTELEGGING OG OMPLASSERING</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Utgangspunktet</b>	<b>34</b>
<b>5.2</b>	<b>Krav om tilrettelegging i aml. § 4-6</b>	<b>35</b>
<b>5.3</b>	<b>Typer av tilretteleggingstiltak</b>	<b>38</b>
<b>5.4</b>	<b>Omplassering</b>	<b>40</b>
<b>5.5</b>	<b>Krav til oppfølgingsplan</b>	<b>41</b>
5.5.1	Funksjonsvurdering	44
<b>5.6</b>	<b>Krav til internkontroll</b>	<b>45</b>
<b>5.7</b>	<b>De alminnelige krav til arbeidsmiljøet</b>	<b>46</b>
<b>5.8</b>	<b>Særlig om tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonshemming</b>	<b>47</b>
<b>5.9</b>	<b>Arbeidstakers medvirkningsplikt</b>	<b>49</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>SAKLIGHETSVURDERINGEN FOR ØVRIG (RIMELIGHETSVURDERING)</u></b>	<b><u>51</u></b>

<b><u>7</u></b>	<b><u>KONKLUSJON/OPPSUMMERING</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>55</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Litteraturliste</b>	<b>55</b>
8.1.1	Bøker	55
8.1.2	Artikler	56
<b>8.2</b>	<b>Lovregister</b>	<b>56</b>
<b>8.3</b>	<b>Forskrifter</b>	<b>57</b>
<b>8.4</b>	<b>Direktiv</b>	<b>57</b>
<b>8.5</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>57</b>
8.5.1	Høyesterettsdommer	57
8.5.2	Lagmannsrettsdommer	58
8.5.3	Tingrettsdommer	58
8.5.4	Trygderettsdommer	58
8.5.5	Avgjørelser fra EF-domstolen	58
8.5.6	Offentlige dokumenter	58

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er hvilket vern arbeidstaker har mot å bli sagt opp på grunn av sin sykdom, jfr arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7 (1). Oppsigelse på grunn av sykdom er den vanlige betegnelsen på oppgavens tema, og tilsvarende betegnelse er derfor også brukt i denne oppgaven. Men dette er en noe upresis betegnelse. I realiteten skyldes oppsigelsen ikke sykdommen i seg selv, men problemene som sykdommen medfører. Mer presist er derfor at oppgaven behandler temaet oppsigelse begrunnet i sykdomsrelaterte problemer som følge av arbeidstakers sykdom. I all hovedsak vil dette dreie seg om manglende utførte arbeidsoppgaver som følge av arbeidsuførhet eller redusert arbeidsevne hos arbeidstakeren. Men også andre problemer kan oppstå, som for eksempel samarbeidsproblemer som følge av psykisk sykdom eller frykt for smittefare, jfr Rt-1988-959. Det er særlig to typetilfeller hvor oppsigelse av arbeidstaker på grunn av sykdom er aktuelt. Det første er hvor arbeidstaker er borte fra arbeidet sammenhengende og utover verneperioden. Det andre er hvor arbeidstaker har hyppig sykefravær over lang tid.

Utgangspunktet for et arbeidsforhold er at arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon mot at arbeidsgiver betaler lønn. Hovedregelen er fast ansettelse, men arbeidsforholdet kan være midlertidig på visse vilkår, jfr aml. § 14-9. Ved midlertidig ansettelse opphører arbeidsforholdet som regel ved utløpet av den avtalte perioden. En arbeidstaker kan si opp arbeidsforholdet etter nærmere angitte frister,<sup>1</sup> men er samtidig vernet mot usaklig oppsigelse fra arbeidsgivers side. En arbeidsgiver som ønsker å avslutte arbeidsforholdet kan derfor ikke gjøre dette uten at oppsigelsen er ”saklig begrunnet”, jfr aml. § 15-7.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-3.

<sup>2</sup> Tilsvarende bestemmelser er fastsatt i sjømannsloven § 19 og tjenestemannsloven §§ 9 og 10.

Dette gjelder enten oppsigelsen er begrunnet i arbeidsgivers, virksomhetens eller arbeidstakers forhold. Oppsigelse på grunn av sykdom vil være i ”*arbeidstakers forhold*”.

Arbeidstakere har etter aml. § 15-8 et særskilt tolv måneders tidsbegrenset vern mot oppsigelse under egen sykdom og en oppsigelse begrunnet i sykdommen kan bare være gyldig etter utløpet av en verneperiode på tolv måneder. I oppgaven vil jeg se nærmere på vilkårene for og omfanget av dette oppsigelsesvernet.

Stillingsvernreglene er gitt for å gi arbeidstakere trygge og forutsigbare arbeidsforhold.<sup>3</sup> Ved sykdom er stillingsvernet dessuten et virkemiddel for å hindre utstøting fra arbeidslivet, og hensynet til et inkluderende arbeidsliv ligger til grunn for et godt stillingsvern.<sup>4</sup> Det er viktig at arbeidstaker med sykdom får tid og mulighet til å komme tilbake i arbeid. Derfor vil også reglene om tilrettelegging ha betydning, se pkt. 5 Det følger av aml. § 1-1 at lovens formål er ”å sikre trygge ansettelsesforhold...” (bokstav b), ”å bidra til et inkluderende arbeidsliv” (bokstav d) og ”å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon” (bokstav c). Vurderingen ved oppsigelse på grunn av sykdom er i hovedsak hvor langt disse hensyn går før hensynet til arbeidsgiver slår igjennom.

Saklighetsvurderingen ved oppsigelse på grunn av sykdom tar utgangspunkt i en skjønnsmessig avveining av bedriftens og arbeidstakers interesser. I saklighetsvurderingen er tre momenter spesielt sentrale. Det ene er hvorvidt arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til å iverksette tiltak for tilrettelegging og eventuelt omplassering i bedriften, jfr aml. § 4-6. En oppsigelse vil i utgangspunktet først kunne anses som saklig dersom det ikke kan tilrettelegges slik at arbeidstaker kan fortsette i sin vanlige stilling, og omplassering innen virksomheten heller ikke er mulig.<sup>5</sup> I oppgaven vil jeg derfor også se nærmere på arbeidsgivers plikt til tilrettelegging og arbeidstakers medvirkningsplikt. Det andre sentrale moment i saklighetsvurderingen er arbeidstakers sykdomsbilde. Gode utsikter til snarlig

---

<sup>3</sup> NOU 2004:5 pkt. 15.2.2

<sup>4</sup> NOU 2004:5 pkt. 15.6.1

<sup>5</sup> NOU 2004:5 pkt. 15.6.3 på s. 315

bedring vil tale mot at det er saklig grunn til oppsigelse, mens en oppsigelse normalt vil være saklig begrunnet dersom det ikke er særlig håp om at den ansatte kommer tilbake i jobb. I oppgaven vil jeg også se nærmere på betydningen av sykdomsbildet. Disse to momentene er spesielle for oppsigelse på grunn av sykdom i forhold til den saklighetsvurdering som ellers vanligvis må foretas ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Men også andre forhold kan spille inn. Et tredje moment er derfor saklighetsvurderingen for øvrig. Dette er i stor grad en rimelighetsvurdering hvor arbeidsgivers ulemper ved å fortsette arbeidsforholdet må veies opp mot arbeidstakers problemer ved en oppsigelse.

Denne terminologiske tilnærmingen til hvilke momenter som inngår i saklighetsvurderingen mener jeg er hensiktsmessig. Tilsvarende tilnærming er også valgt i juridisk litteratur.<sup>6</sup> Men også andre tilnærminger er mulig. I LB-2005-182268 ble en industriarbeider oppsagt på grunn av helseplager etter utløpet av den særskilte verneperioden, jfr. aml (1977) § 64 (nå aml. § 15-8). Her ble oppsigelsen ansett som saklig begrunnet, etter at retten hadde vurdert *"de sentrale elementer i saklighetsvurderingen"*. Retten uttalte at de tre sentrale elementene er *"forsvarlig saksbehandling"*, *"forsvarlig faktisk grunnlag"* (for vurdering av sykdommen) og *"mulighetene for tilrettelegging eller omplassering"*. En slik tilnærming har imidlertid den svakhet at den ikke tydeliggjør den rimelighetsavveining mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser som må foretas. Dessuten er fokuset på arbeidstakers sykdomsbilde etter min mening enklere og mer dekkende enn kravet om at oppsigelsen må bygge på et riktig faktisk grunnlag.

## 1.2 Historikk

Oppsigelsesvernet i norsk rett så først dagens lys ved arbeidervernloven av 1936 (§ 33 nr. 3). En arbeider som etter fylte 21 år hadde vært ansatt i minst tre år i samme bedrift kunne kreve erstatning hvis han ble oppsagt uten saklig grunn. Høyesterett uttalte så sent som i 1935 at *"...i et arbeidsleieforhold kan etter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si opp folk*

---

<sup>6</sup> Allstrin (2008) pkt. 7.4.2. og Kokkvold (2005) s. 46

*fra sitt arbeide etter eget skjønn og godtykke med lovlig frist uten at behøve at angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet- og uten at være underkastet domstolens kritikk”.*<sup>7</sup> Etter dette har vi sett en utvikling hvor arbeidstaker har fått et styrket stillingsvern, samt en rekke andre rettigheter. I arbeidervernloven av 1956 fikk vi regler om tre måneders absolutt vern mot oppsigelse på grunn av sykefravær. Vilåret var da at vedkommende hadde vært tilsatt i samme bedrift i minst to år sammenhengende etter fylte 20 år, jfr. lovens § 44. En svakhet ved disse reglene var at loven ga unntak fra oppsigelsesvernet, blant annet når arbeidstaker på grunn av sykdommen var så lite skikket til å gjøre tjeneste i bedriften at oppsigelsen måtte anses saklig begrunnet etter de alminnelige saklighetskriterier. Disse unntakene ble fjernet i arbeidsmiljøloven av 1977, etter forslag fra departementet.<sup>8</sup> Departementet begrunnet dette med at unntakene innebar en uthuling av oppsigelsesvernet, at arbeidsgiver var i en uforholdsmessig sterk posisjon, og at saksøkerbyrden ellers ville skyves over på arbeidstaker. Videre ble oppsigelsesvernet utvidet fra tre til seks måneder. Ved minst fem års sammenhengende ansettelse eller ved arbeidsuførhet som arbeidsgiver pådro seg i arbeidsgivers tjeneste hadde man tolv måneders vern, jfr lovens § 64, 1.ledd. Da arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft den 1. januar 2006 fikk man dagens generelle tolv måneders vern mot oppsigelse på grunn av sykdom.

Arbeidslivets parter har fått en gradvis styrket posisjon i EU-samarbeidet og i EUs regelverksutvikling gjennom *den sosiale dialog*. Dialogen ble lansert i 1985 etter ønske blant annet fra europeisk fagbevegelse om å bringe de sosiale aspekter sterkere inn i det indre markedet. Den sosiale dialog har vært et viktig virkemiddel i den sterke utvikling av EUs arbeidslivspolitik som har funnet sted i de senere årene. Regler som formaliserer den sosiale dialog er nå tatt inn i EU-traktaten.

Fra politisk hold er det gjort betydelige anstrengelser for å redusere sykefraværet de siste årene. Et eksempel på dette er Sandmanutvalget som fikk i mandat å utrede årsakene til

---

<sup>7</sup> Rt. 1935 s. 467 flg.

<sup>8</sup> Odelstingsproposisjon (Ot.prp.) nr. 41 (1975-1976), s. 25



veksten i sykefraværet og tilsiget til uførepensjon, og foreslå tiltak for å redusere sykefraværet og uføretilgangen.<sup>9</sup> Utvalget kom i sin innstilling med forslag til en rekke tiltak med fokus på å forsterke arbeidstakernes tilknytning til arbeidslivet.

### 1.3 Avgrensninger/presiseringer

Jeg vil i oppgaven foreta noen nødvendige avgrensninger i forhold til de rammer som ligger i en masteroppgave. Prosessuelle bestemmelser vil i hovedsak ikke bli behandlet. Jeg vil heller ikke gi noen utfyllende fremstilling av folketrygdens regler om rettigheter under sykdom, men bare behandle de bestemmelser som har direkte relevans for oppgavens tema og problemstillinger.

Begrepene arbeidstaker og arbeidsgiver er definert i henholdsvis aml. §§ 1-8 (1) og 1-8 (2). Arbeidsgiver vil forutsetningsvis også ha oppsigelseskompetanse. Både bedriften og virksomheten viser til det sted arbeidstaker er ansatt og begrepene er brukt synonymt i denne oppgaven. Begrepene er nærmere omtalt i forarbeidene, jfr Ot.prp. nr.3 (1975-1976) på s. 101. I enkelte bransjer ser man at arbeidsgivere søker å unngå lovens krav ved ikke å ansette arbeidstakere, men i stedet engasjerer kontraktører. Jeg går ikke inn på dette.

For ansatte i stat og kommune er rettsstillingen ofte noe annerledes enn ellers, selv om det rent prinsipielt ikke er noen forskjell på offentlig og privat sektor. Dette skyldes for det første en etablert administrativ praksis i staten og en rekke kommuner. Praksisen går ut på at det først gis ett år med sykepenges, deretter ett års permisjon uten lønn og at man deretter går til oppsigelse. En slik praksis innebærer et styrket stillingsvern for arbeidstaker, ettersom en ikke vil bli sagt opp på grunn av sykdom før det er gått minimum to år. Etter to års sykdom er det vanlig med oppsigelse. Men man vil likevel måtte foreta en vurdering av tilretteleggingstiltakene, sykdomsbildet og forholdene forøvrig, på samme måte som ellers, før man kan fastslå om det er saklig grunn til oppsigelse. For det andre har man i tjenestemannsloven egne regler om oppsigelse for statsansatte jfr Lov om statens

---

<sup>9</sup> NOU 2000: 27

tjenestemenn m.m. (tjml.) §§ 9 og 10. Lovens § 9 gjelder for arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste som har vært ansatt mindre enn to år sammenhengende og for midlertidig ansatte som har vært ansatt i mindre enn fire år. Adgangen til oppsigelse på grunn av sykdom vil bero på en saklighetsvurdering og bestemmelsen samsvarer i stor grad med arbeidsmiljøloven § 15-7. For tjenestemenn som er fast ansatt og som har vært ansatt i mer enn to år, gjelder det såkalt sterke oppsigelsesvernet, jfr tjml. § 10. Oppsigelse på grunn av sykdom er regulert i tjml. § 10 andre ledd bokstav b. En tjenestemann kan sies opp på grunn av sykdom når vedkommende er *”varig uskikket til forsvarlig å utføre sin tjeneste”*. Hva som ligger i dette beror på en skjønnsmessig vurdering hvor rimelighetsbetraktninger og administrativ praksis er momenter i en helhetsvurdering.<sup>10</sup> Dette vernet går noe lenger enn det alminnelige oppsigelsesvernet i aml. § 15-7. Etter aml. § 15-7 er det ikke noe tilsvarende vilkår om at arbeidstaker må være *”varig uskikket”* til å fortsette i arbeidet før det kan gis en oppsigelse, og arbeidsgiver kan unntaksvis tenkes å ha saklig grunn til oppsigelse uten at arbeidstaker nødvendigvis er *”varig uskikket”*.

#### 1.4 Aktualitet

En del av arbeidsstyrken er til en hver tid fraværende fra arbeid på grunn av sykdom. På Statistisk sentralbyrås hjemmesider går det fram av tall fra andre kvartal 2008 at samlet sykefravær var på 6,8 prosent av arbeidsstyrken, 11,7 prosent av fraværet var egenmeldt mens 88,3 prosent var med legeerklæring.<sup>11</sup> Sykefraværet har ligget stabilt rundt dette nivået de siste årene. Sykefraværet fordelte seg omtrent likt mellom langtids og kortidssykemeldte. Det fremgår at 25,5 prosent var fraværende 1-31 dager, 32,3 prosent var fraværende 31-92 dager og de resterende 32,3 prosent var sykemeldt hele kvartalet.<sup>12</sup> Arbeidslivet er i stadig endring.<sup>13</sup> Arbeidslivslovutvalget uttaler i NOU 2004:5 at *”[m]er intens konkurranse har krevd at virksomhetene forsøker å organisere seg, omorganisere, og omstille seg i tråd med det som oppfattes som nødvendig for å oppnå gode resultater.”*

---

<sup>10</sup> Bjørnaraa (2000), se s. 431

<sup>11</sup> URL:<http://www.ssb.no/sykefratot/> [Lesedato 4.11.2008]

<sup>12</sup> URL:<http://www.ssb.no/sykefratot/tab-2008-09-23-28.html> [Lesedato 25.2.2008]

<sup>13</sup> NOU2004:5 s. 59 flg.

Et ledd i denne utviklingen er en gjennomgående økt satsning på medarbeiderne, med skjerpet fokus på medarbeidernes rettigheter og plikter. Økte krav til arbeidsgivers tilrettelegging ved sykdom i aml. § 4-6 og rett til redusert arbeidstid på grunn av helsemessige, sosiale eller andre viktige velferdsgrunner etter aml. § 10-2 (4) er eksempler på styrkede rettigheter for arbeidstakerne.

IA-avtalen<sup>14</sup> er et viktig foregangstiltak, hvor arbeidsgiver og arbeidstaker er gitt felles ansvar for å avklare funksjonsevne og utarbeide en oppfølgingsplan så tidlig som mulig i sykdomsperioden. IA-avtalen er en trepartsavtale mellom regjeringen, arbeidstakerorganisasjonene og arbeidstakerorganisasjonene. Avtalen har som målsetning å hindre utstøting fra arbeidslivet, og å øke rekrutteringen til arbeidslivet. Avtalen innebærer økt ansvar for arbeidsgiver som underskriver avtalen, blant annet skal IA-virksomheter åpne for opplærings- og opptreningsplasser for personer med redusert funksjonsevne. Den gir arbeidstakerne økte rettigheter, som for eksempel rett til opptil 24 egenmeldingsdager i året, men også og økt medvirkningsplikt.

Vi er inne i en demografisk utvikling hvor stadig større andel av befolkningen går over på alderspensjon. Dermed blir presset på arbeidsstyrken stadig større. I en slik situasjon er det viktig at flest mulig kan være med å bidra til fellesskapet gjennom å jobbe og betale skatt. En viktig målsetning og funksjon for lovverket blir derfor å hindre at mennesker faller ut av arbeidslivet, se pkt. 1.1.

## 1.5 Internasjonal rett

EU-arbeidsretten er i utgangspunktet et sett av visse individuelle rettigheter, uten egentlig å utgjøre et samlet arbeidsrettslig system. Formålet med de arbeidsrettslige reglene var til å begynne med kun å sikre like konkurransevilkår for medlemslandene. Senere har det sosiale aspektet og hensynet til større velferd blitt mer framtrædende som et selvstendig

---

<sup>14</sup> Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv – Erklæring fra partene i arbeidslivet etter møte 3. desember 2003 pkt. B nr. 4. Den 14.12.2005 ble det inngått ny intensjonsavtale om et inkluderende arbeidsliv med varighet fra 1.1.2006 til 31.12.2009

formål med reguleringene. Dette ser en blant annet ved den posisjon menneskerettighetene etter hvert har fått i EU-retten. Det er et stort antall direktiver som gjelder på arbeidsmiljølovens område. Det er for det første tale om over 60 rene arbeidsmiljødirektiv. Disse gjelder arbeidstid, konkrete arbeidsmiljøkrav med videre. Mange av reglene er detaljerte og av teknisk karakter. For det andre er det rundt 20 direktiv som stiller krav knyttet til andre forhold ved ansettelse. Disse direktivene har regler om diskriminering, masseoppsigelser, utsendte arbeidstakere, informasjon og konsultasjon, deltidsansattes og midlertidig ansattes rettigheter, virksomhetsoverdragelser, arbeidsavtaler, foreldrepermisjon, osv. Direktivene stiller som hovedregel minimumskrav med hensyn til arbeidstakernes rettigheter.

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) er den av FNs særorganisasjoner som har arbeidslivet og sosialpolitikken som sitt spesielle område. Norge er forpliktet av mer enn 100 ILO-konvensjoner, blant annet om rett til ferie, arbeidstilsyn, arbeidstid, likelønn og diskriminering. I henhold til ILO-konvensjon nr. 158 Termination of Employment Convention (1982) om avskjedigelse, artikkel 6, er fravær på grunn av sykdom eller ulykke ikke gyldig avskjedigelsesgrunn. Det er imidlertid opp til nasjonal lovgivning og nasjonale kollektive avtaler å fastlegge en definisjon på tidsbegrenset fravær og fastsette nærmere regler for dokumentasjon av sykdom. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for generelle internasjonale standarder.

## 1.6 Om sykdom og ulykke

Begrepet ”sykdom” har et vidt anvendelsesområde, og omfatter alle slags lidelser av fysisk og psykisk art hvor medisinsk behandling anses nødvendig. Også kronisk alkoholisme og narkomani som krever behandling er omfattet. Som utgangspunkt kan det sies at begrepet sykdom omfatter både legemlige og psykiske lidelser, som kan være medfødt eller ervervet. Folketrygdloven gir en viss veiledning og det stilles krav om sykdom som vilkår for en rekke av folketrygdens ytelser. Vilkåret er formulert enten som ”*sykdom eller skade*” (§ 8-4 om sykepenger), ”*sykdom eller personskade*” (§13-3 om yrkesskade), eller ”*sykdom, skade eller lyte*” (§ 5-1 om stønad ved helsetjenester, § 6-2 om grunnstønad og

hjelpestønad, §§ 10-5, 10-6 og 10-8 om ytelser under medisinsk rehabilitering, § 11-5 om attføring, og § 12-6 om uførepensjon). Rettslig sett er det ikke nødvendig å skille mellom formuleringene, ettersom den rettslige situasjonen er den samme uansett hvilket av begrepene sykdom, skade eller lyte som er mest dekkende i et konkret tilfelle.

Sammenhengen i lovverket tilsier derfor at begrepet sykdom, slik det er brukt i aml. § 15-8, tilsvarer de tilstander som omfattes av lovens vilkår i folketrygdloven. I følge folketrygdloven (ftrl.) § 12-6, 2. ledd skal det *”legges til grunn et sykdomsbegrep som er vitenskapelig basert og alminnelig anerkjent i medisinsk praksis.”* Som presisert her vil innholdet i begrepet være knyttet til en medisinsk vurdering basert på legevitenskapens sykdomsbegrep. Begrepet er altså en rettslig standard, og begrepets innhold kan derfor variere over tid.

Ved lov 14. mai 1993 nr. 46 ble de medisinske vilkårene noe skjerpet, jfr Ot.prp. nr. 39 (1992-93). Siktemålet var å stoppe påstått utglidning av praksis. Det hevdes at økningen i sykefraværet blant annet indikerer at det har skjedd en gradvis liberalisering av sykdomsbegrepet, og at naturlige problemer knyttet til belastende og plagsomme situasjoner er blitt sidestilt med sykdom. Samtidig vises det til at det er uklare grenser for hva som må anses som sykdom i medisinsk forstand, og at en vanskelig livssituasjon vil kunne utvikles seg til sykdom. Det ble tatt inn i loven at *”[a]rbeidsuførhet som skyldes sosiale eller økonomiske problemer o.l. gir ikke rett til sykepenger”*, jf ftrl. § 8-4. Samme presisering ble gjort i bestemmelsene om rehabiliteringspenger jfr ftrl. § 10-8 og finnes også i ftrl. § 12-6 om uføretrygd. Sosiale problemer og andre problemer av ikke-medisinsk karakter, vil derfor ikke være omfattet av begrepet. Interessant nok har alkoholisme vært ansett som omfattet av folketrygdens sykdomsbegrep etter Trygderettens kjennelse av 14. januar 1976 (ankesak nr. 595/75, publikasjonsnummer 08/91). Tradisjonelt har spørsmålet om grensen mot problemer av sosial art vært stilt opp som ett av hovedproblemene ved avgrensning av sykdomsvilkåret.

Et interessant spørsmål er om subjektivt opplevde sykdomssymptomer er tilstrekkelig til å fastslå at det foreligger sykdom, eller om det må foreligge en medisinsk diagnose. Det er i

juridisk litteratur i forhold til sykepenger og attføring foreslått at symptomer kan være tilstrekkelig i første fase av sykdommen, men at det etter hvert må kreves en diagnose.<sup>15</sup>

Det er hovedsakelig bare sykdom som medfører arbeidsuførhet eller redusert arbeidsevne som er interessant for oppgavens tema. Saklighetskravet innebærer at sykdom som ikke påvirker arbeidsevnen sjelden eller aldri kan være grunnlag for oppsigelse. På samme vis er det en forutsetning for folketrygdens ytelser at bare sykdom som medfører arbeidsuførhet gir rett til ytelser. Sykdommen er derfor forutsatt å ha årsakssammenheng med redusert arbeidsevne. Nærmere om årsakssammenheng, se pkt. 3.3.

At det er nødvendig med årsakssammenheng belyser også sykdommens nedre grense. Plager eller funksjonsnedsettelse som er så små at de verken i en naturlig språklig forstand eller medisinsk forstand er naturlig å omtale som sykdom, kan være sykdom i lovens forstand, dersom dette medfører at arbeidsevnen reduseres. Som eksempel kan tenkes en ung fotomodell, som på grunn av akne (kviser) må stå over faste modelloppdrag.

Alt i alt må det gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle av hvorvidt det foreligger en sykdom. Dette blir ofte et bevismessig spørsmål, hvor arbeidstaker må bære risikoen for at sykdommen er manglende utredet.<sup>16</sup>

Oppsigelsesvernet i aml. § 15-8 gir oppsigelsesvern også på grunn av ”ulykke”. Uttrykket har sin selvstendige betydning i tilfeller hvor ulykken gjør det nødvendig med fravær i forbindelse med medisinsk sjekk, eller lignende, men hvor det ikke har oppstått noen sykdom i arbeidsrettslig forstand. Tidligere var verneperioden tolv måneder i stedet for seks måneder (for arbeidstakere som hadde vært ansatt mindre enn fem år sammenhengende) ved ”*legemsskade eller sykdom som arbeidstaker har pådratt seg i arbeidsgivers tjeneste*”, jfr aml. av 1977 § 64, 1. ledd. Hvorvidt skaden eller sykdommen var pådratt i arbeidsgivers tjeneste måtte vurderes ut fra folketrygdlovens

---

<sup>15</sup> Kjønstad (2008) pkt. 6.2.5 og pkt. 6.3.3.4

<sup>16</sup> Se pkt. 4.3

yrkesskadebegrep.<sup>17</sup> En betingelse for at det skal foreligge yrkesskade er at den skyldes ”arbeidsulykke”, jfr ftrl. § 13-3.<sup>18</sup> Dersom sykdommen var oppstått som følge av en ulykke kunne altså verneperioden være lenger. Dette kan være årsaken til at man brukte begrepet ”ulykke” i arbeidsmiljøloven av 1977. Begrepet er likevel blitt stående i arbeidsmiljøloven av 2005 selv om skillet har mistet sin betydning i forhold til lengden av verneperioden. Hvorvidt arbeidstaker har pådratt seg sykdom i arbeidsgivers tjeneste kan imidlertid fortsatt ha betydning, se pkt. 4.2.3

## 2 Hensyn

### 2.1 Om hensyn ved oppsigelse på grunn av sykdom

Reglene i arbeidsretten bygger på en avveining mellom en rekke, og i noen grad kryssende, hensyn. Oppsigelsesadgangen ved sykdom er et typisk eksempel på et område med vanskelige avveininger av hensyn til henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver. I Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) er det pekt på at utviklingen har gått mot at rimelighetsbetraktninger har kommet sterkere inn i saklighetsvurderingen. Jeg vil her peke på en rekke hensyn som taler for og i mot at det gis oppsigelse på grunn av sykdom.

### 2.2 Hensynet til virksomheten og arbeidsgiver

Sykefravær medfører problemer for bedriftene i Norge, både av praktisk og økonomisk art. Hensynene som gjør seg gjeldene på virksomhetssiden vil i noen grad avhenge av arbeidstakers sykdomsbilde. Sykefravær hos en arbeidstaker vil i første omgang ofte skape ekstra belastning på de andre ansatte. Særlig gjelder dette hvis arbeidstakeren har et uforutsigbart fraværsmønster, men ikke fravær av et slikt nivå at det er aktuelt å ansette en vikar. Resultatet er da at ekstra arbeidsoppgaver skyves over på de andre medarbeiderne. Hensynet til de andre ansatte kan således tale for en oppsigelse. Samme fraværsmønster vil

---

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76

<sup>18</sup> I tillegg gis det yrkesskadeerstatning ved visse nærmere opplistede yrkessykdommer, jfr ftrl. § 13-4

også kunne medføre problemer med å planlegge driften i virksomheten. Det er i lovforarbeidene til reglene om stillingsvern i den nye arbeidsmiljøloven pekt på at omstillinger stadig er blitt vanligere i norsk arbeidsliv og at man i de nye reglene bør innrømme bedriftene større fleksibilitet.<sup>19</sup> I disse tilfellene vil også arbeidsgiver stadig måtte betale lønn i arbeidsgiverperioden. Lønn under sykdom dekkes av folketrygdlovens sykepengeordning, jfr folketrygdloven kapittel 8. I tillegg er tilsvarende ordninger etablert i stat og kommuner gjennom tariffavtaler. Arbeidsgiver er likevel ansvarlig for lønnsutbetaling i arbeidsgiverperioden, som utgangspunkt de første 16 dagene arbeidstaker er sykemeldt, jfr ftrl. § 8-19. Arbeidsgiver kan søke om å få arbeidsgiveravgiften dekket, jfr ftrl. § 8-20, 1. ledd, og vilkåret for å få innvilget søknad om dekning av arbeidsgiveravgift vil vanligvis være oppfylt før fraværet er av et slikt omfang at det er aktuelt med oppsigelse på grunn av sykdom. Sykdom av et mindre omfang kan likevel over tid medføre store utgifter for arbeidsgiver.

Når sykefraværet blir så stort at virksomheten må ansette en vikar i dennes sted, vil det medføre ekstra utgifter til opplæring mv. Andre alternativer som innleie av konsulenter eller at merarbeidet dekkes inn av overtidarbeid hos andre ansatte, vil også medføre økte kostnader. I en tid med større krav til fleksibilitet hos bedriftene vil det være viktig å kunne avklare hvilke personellressurser man har til rådighet. Etter en tid kan det oppstå spørsmål om man vil satse på vikaren eller den syke ansatte, med de usikkerheter det medfører. Prestasjonskrav og konkurransedyktighet kan i slike tilfeller gjøre det ønskelig for bedriften å satse på vikaren, selv om det er utsikter til bedring hos den syke ansatte.

Tilrettelegging for den sykdomsplagede arbeidstakeren vil også medføre utgifter for bedriften. Selv om det er etablert støtteordninger som lønnstilskudd<sup>20</sup> og utlån av hjelpemidler, vil en tilrettelegging kreve ressurser som tid og krefter fra arbeidsgivers side. Disse ressursene kunne vært brukt på andre ting og kan derfor medføre økonomisk tap. I

---

<sup>19</sup> NOU 2004:5 s. 289 flg.

<sup>20</sup> Forskrift om arbeidsmarkedstiltak, kapittel 2



mange tilfeller kan det fra bedriftens ståsted være mer lønnsomt å erstatte arbeidstakeren enn å tilrettelegge for tilbakeføring i arbeid.

Psykisk sykdom hos en arbeidstaker kan også skape problemer. For eksempel kan det ha negative innvirkninger på det psykososiale arbeidsmiljøet i bedriften i det arbeidstakerens sykdomspregede oppførsel blir en belastning for medarbeidere og ledelsen. En psykisk ustabil arbeidstaker vil også kunne utgjøre en sikkerhetsrisiko, eksempelvis i bedrifter med stort farepotensial eller i arbeid med sårbare pleietrengende mennesker.

Hvor store problemer sykdommen medfører for bedriften vil avhenge av arbeidstakers stilling i bedriften. Desto viktigere det er at stillingens funksjoner blir oppfylt, desto større problemer vil sykdommen medføre. For eksempel vil som regel sykdom hos en av mange lagermedarbeidere medføre mindre problemer enn sykdom hos logistikksefen. Også bedriftens størrelse og økonomi har betydning. Jo mindre bedriften er, desto større er som regel ulempene.

Selv om kostnadene og ulempene ved arbeidsforholdet ikke er store, kan det være en verdi i seg selv å få klarhet i arbeidsforholdet. Dette ble ansett som saklig oppsigelsesgrunn i LF-2004-27911. Denne dommen viser blant annet betydningen av muligheten for planlegging av driften i virksomheten.

Hensynet til arbeidsgiver taler derfor for at det er adgang til å si opp en arbeidstaker som er fraværende på grunn av sykdom. I alle tilfeller hvor tilbakeføring av syk arbeidstaker er dyrere for bedriften enn andre løsninger, vil bedriften kunne ha et begrunnet ønske om oppsigelse av arbeidstakeren.

### 2.3 Hensyn til arbeidstaker

Også for arbeidstaker vil sykdomsbildet ha betydning for hvilke hensyn som er viktige. En arbeidstaker som er i jobb, men som har høyt sykefravær, vil kunne være vanskelig stilt etter en oppsigelse. Han vil da måtte finne seg ny jobb med usikker helse og nedsatt

arbeidsevne. Dersom arbeidsinntekten, sykepengene holdt utenfor, overstiger 1,5 ganger grunnbeløpet vil han normalt ha rett til dagpenger, jfr ftrl. § 4-4. Dagpenger kan likevel ikke ytes lenger enn maksimalt to år, jfr ftrl. § 4-15, 1. ledd. Dersom han ikke kan dokumentere en nedsatt inntektsevne på minst halvparten vil han heller ikke ha rett til ytelser som rehabiliteringspenger, jfr ftrl. § 10-8, attføringspenger, jfr ftrl. § 11-9, eller uføretrygd, jfr ftrl. § 12-7. Både økonomisk, og som følge av andre problemer sykdommen medfører, vil han eller hun da kunne havne i en svært vanskelig situasjon. Et eksempel hvor arbeidstaker var i en slik situasjon finner man i RG-1985-577 Tana og Varanger herredsrett. En arbeidstaker ble i 1970 ansatt som mekaniker i et bilfirma. Fra 1975 til 1981 var han ansatt som delesjef og senere som kombinert deleekspeditør/kontormedarbeider. I 1977 ble han angrepet av leddgikt og dette førte i årenes løp til atskillig fravær fra arbeidet. Bedriften fant tilslutt i 1983 å måtte gå til oppsigelse av arbeidstakeren, fordi hans stadige sykefravær medførte økonomisk tap for bedriften og en unormal belastning på de øvrige ansatte. Fraværet varierte mellom 10 prosent og 30 prosent fra 1978 til 1983. Retten fant at oppsigelsen var saklig begrunnet og at det fra bedriftens side var gjort det som var mulig for at arbeidstakeren kunne forbli i arbeid, uten at dette fungerte på grunn av hans sykefravær.

For en arbeidstaker som har vært sammenhengende syk i ett år stiller saken seg ganske annerledes. Arbeidstakeren vil da normalt ha rett til å motta rehabiliteringspenger, jfr ftrl. § 10-8 eller attføringspenger, jfr ftrl. § 11-9, og det uavhengig av om arbeidsforholdet består.

Likevel må man kunne ta hensyn også til de sosiale aspektene ved arbeidsforholdet, slik at arbeidsforholdet har en verdi for arbeidstaker utover det økonomiske. En arbeidstaker har gjerne jobbet i bedriften over lengre tid, det er her han eller hun har kolleger, venner, etc. Som Arbeidslivslovutvalget påpeker i NOU 2004:5 på s. 110: *"Å inkludere flest mulig i arbeidslivet dreier seg også om at deltagelsen for den enkelte betyr mer enn bare å kunne heve lønn. Jobben er en viktig arena for sosial tilhørighet og muligheter til å bruke sine*

*evner og ressurser. Tilhørighet til arbeidslivet handler derfor også om livskvalitet i ordets videste forstand. Om å "høre til eller ei".*"

## 2.4 Avveining mellom kryssende hensyn

Reglene om oppsigelse på grunn av sykdom bør være bygget på en balanse mellom arbeidstakernes behov for stillingsvern, de plikter dette påfører virksomhetene og samfunnsmessige hensyn. Det behøver ikke være store motsetninger mellom hensyn på arbeidstakersiden og hensyn på arbeidsgiversiden. Et sterkt stillingsvern ved sykdom vil for eksempel virke motiverende for å iverksette tilretteleggingstiltak for å rehabilitere den sykdomsrammede arbeidstakeren, og på den måten komme bedriften til gode. På samme måte vil stillingsvernet gi arbeidstaker trygghet og tilhørighet til bedriften, og øke motivasjonen for å komme tilbake i arbeid. I mange tilfeller vil det som er bedriftsøkonomisk lønnsomt på kort sikt ikke være lønnsomt i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Eksempelvis vil dette normalt være tilfelle hvor det er en marginalt bedre løsning for bedriften å erstatte den sykdomsrammede arbeidstakeren med en vikar enn å bruke ressurser på å tilrettelegging. Arbeidstakeren blir da, i hvert fall på kort sikt, en belastning for samfunnet i stedet for en ressurs for bedriften. Samfunnsøkonomiske hensyn tilsier derfor at bedriftene må ta en del av den samfunnsbelastningen som syke arbeidstakere innebærer, selv om dette kan medføre tap for bedriftene. Når en arbeidstaker har vært sykemeldt over lang tid, vil det måtte vurderes om andre tiltak er bedre egnet for å få vedkommende tilbake i arbeid, enn den tilrettelegging eller omplassering som kan gjøres i bedriften. Når en arbeidstaker har vært sykemeldt i ett år vil det normalt ha vært rikelig tid til å gjennomføre tiltak for tilbakeføring til arbeidet. I slike tilfeller, hvor det er lite sannsynlig at tilrettelegging eller attføringstiltak i bedriften vil gi bedre resultater enn andre steder, vil ikke lenger slike samfunnsøkonomiske hensyn være tilstede.

Det er for tiden bred enighet om "arbeidslinja" i norsk politikk. Arbeidslinja går i korte trekk ut på å skape økonomiske og andre incitamenter for å få flest mulig i arbeid. Satsing på arbeidslinja ble første gang lansert i Stortingsmelding (St.mld.) nr. 39 (1991-92) - Attføringsmeldinga. Arbeidslinja har blitt utdypet og videreført i en rekke

stortingsmeldinger og offentlige dokumenter etter dette, og står blant annet sentralt i St.mld. nr. 9 (2006-2007). Den bærende tanke bak denne politikken er at det er av stor verdi for samfunnet og for individet selv at flest mulig er i arbeid. Illustrerende for verdien av å være i arbeid er den kritikken som enkelte fagfolk og andre har kommet med mot arbeidslinja. Arbeidslinja går blant annet ut på å holde trygden og sosialstønadene på et lavt nivå, slik at folk ikke velger frivillig å sitte hjemme. Kritikken går på at denne "viljesteorien" ikke gjenspeiler virkeligheten og at arbeidsmarkedspolitikken bør ha som prinsipielt utgangspunkt at alle vil, ved tilfredsstillende tilrettelegging og oppfølging, ønske å delta i arbeidslivet. I tråd med hensynene bak arbeidslinja vil det i det enkelte arbeidsforhold være en verdi i seg selv at den syke arbeidstakeren beholder arbeidet. Spørsmålet blir derfor ikke om arbeidstaker skal hjelpes tilbake i jobb eller ikke, men hvordan. Veien tilbake til den samme jobben er som regel kortere enn det atføring til nytt arbeid medfører, av opplæring, trening og arbeidstilvenning. Avveiningen går derfor ut på hvor stor del av dette ansvaret som skal legges på bedriftene.

### **3 Det særskilte oppsigelsesvern ved sykdom**

#### **3.1 Om oppsigelsesvernet**

Som utgangspunkt er arbeidstaker i aml. § 15-8 (1) gitt et tidsbegrenset absolutt vern mot oppsigelse på grunn av sykdom, og det heter i bestemmelsen at "*[a]rbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte*". Dette innebærer at en oppsigelse etter aml. §15-7 først vil være gyldig når arbeidstaker ikke lenger er vernet etter denne bestemmelsen. Bestemmelsen verner bare egen sykdom. Formålet med oppsigelsesvernet ved sykdom er i følge forarbeidene å sikre at arbeidstakeren så langt som mulig skal slippe å måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet, samtidig som

vedkommende er arbeidsufør.<sup>21</sup> Men dette vernet må også sees i lys av det overordnede målet om å hindre utstøting fra arbeidslivet, se pkt. 1.4 og pkt. 1.1.

Vernet gjelder som nevnt oppsigelse på grunn av sykdom, jfr *”av denne grunn”*. Det er derfor i prinsippet ikke noe i veien for at arbeidsgiver gir en oppsigelse av andre grunner selv om arbeidstaker er sykmeldt. Men her gjelder en presumpsjonsregel om at en oppsigelse i verneperioden skyldes sykefraværet *”dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig”*, jfr aml. § 15-8 (2). Dette pålegger arbeidsgiver en streng bevisbyrde. Dette er en praktisk viktig regel, ettersom arbeidsgiver på grunn av oppsigelsesvernet har et incitament til å finne på kreative påskudd for å si opp arbeidstakere når muligheten for oppsigelse på grunn av sykdom er avskåret.

Dersom det ikke helt uavhengig av sykefraværet er saklig grunn til oppsigelse vil en oppsigelse være ugyldig i verneperioden. En slik forståelse er blant annet lagt til grunn i Rt-1986-224 på s. 227, hvor Høyesterett ikke går inn på en slik drøftelse fordi bedriften har brukt sykefravær som oppsigelsesgrunn.

## 3.2 Verneperioden

### 3.2.1 Utgangspunktet

Verneperioden gjelder i tolv måneder fra *”arbeidsuførheten inntrådte”*. I de klare tilfellene er arbeidstaker borte fra arbeidet i tolv måneder med sykemelding, eller delvis i arbeid med aktiv sykemelding over tolv måneder.

I en situasjon hvor den ansatte kommer tilbake i arbeid for så å bli syk igjen, må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt fraværsperiodene skal sees samlet eller hver for seg. Det må i denne forbindelse bl.a. legges vekt på hvor lenge arbeidstakeren var tilbake i arbeid, og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak.<sup>22</sup> Det finnes ikke rettspraksis fra

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231 og NOU 2004:5 på s. 313

Høyesterett eller lagmannsrettene som berører problemstillingen, men et eksempel har vi i RG-1988-735 Nordre Sunnmøre herredsrett. Saken gjaldt en helikopterpilot som ble sagt opp på grunn av klager fra kunder. Han tiltrådte stillingen i april 1986. Fra desember 1986 til begynnelsen av mars 1987 var han sykemeldt på grunn av bronkitt og lungebetennelse. Han var tilbake i jobb 9. til 15. mars, før han igjen ble sykemeldt, denne gangen på grunn av ryggsmarter og problemer med en fot. Retten la her til grunn at verneperioden måtte regnes fra 15. mars 1987. Ettersom arbeidstaker var i arbeid i kort tid og sykdomsårsaken var forskjellig i de to sykdomsperiodene, var dette et klart tilfelle. Utgangspunktet, og de klare typetilfellene, er at verneperioden gjelder ved sammenhengende sykefravær og at verneperioden begynner å løpe på nytt dersom arbeidstaker går ut i ny sykemeldingsperiode.

### 3.2.2 Verneperioden og hyppige sykefravær

Situasjon kan imidlertid være den at arbeidstaker har mange sykemeldingsperioder med hyppige mellomrom. Spørsmålet blir da om verneperioden gjelder sammenhengende fra perioden med hyppige sykefravær begynner, eller om det påbegynnes ny verneperiode ved hvert enkelt sykefravær. I NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget på s. 313 er det uttalt at dette *”...må bero på en konkret vurdering. Det må blant annet vurderes hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake, og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak. Utgangspunktet må imidlertid være at vernetiden begynner å løpe på nytt dersom arbeidstaker har gjeninntådt etter sykemelding med mindre den tiden vedkommende har vært tilbake i jobb er kortvarig”*.

Konsekvensen av et slikt utgangspunkt kan være at arbeidstaker ikke har noe særskilt vern mot oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær. Men særlig hvor sykefraværene har grunnlag i en bestemt sykdomsårsak, jfr *”arbeidsuførheten”*, vil en eventuell oppsigelse være *”på grunn av...sykdom...de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte”* og følgelig i strid med ordlyden i aml. § 15-8. Det er derfor grunn til å sette spørsmålsteget ved hvor klart dette utgangspunktet bør være.

Vernebestemmelsen gjelder for *”arbeidstaker som må være helt eller delvis borte fra arbeidet”*, noe som kan gi støtte for at bestemmelsen også gjelder for arbeidstaker som har mange hyppige sykefravær, selv om han på oppsigelsestidspunktet er i arbeid. Etter en naturlig forståelse av ordlyden skal det noe til før mange hyppige fravær er av en slik karakter og omfang at arbeidstaker må sies å være delvis borte. Men et fravær på 20-30 prosent kan etter forholdene oppfylle vilkåret.

Presiseringen om at verneperioden gjelder for arbeidstaker som *”helt eller delvis”* er borte fra arbeidet ble først tatt med i aml. (1977) § 64 etter en lovrevisjon i 2002. Opprinnelig vernet bestemmelsen etter ordlyden bare arbeidstaker som var borte fra arbeidet. I tilknytning til lovendringen er det uttalt i Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) på s. 11:

*”Departementet ser imidlertid at det i denne sammenheng er behov for en klargjøring, og det foreslås derfor at det inntas en presisering i arbeidsmiljøloven § 64 nr. 1, om at arbeidstaker som må være helt eller delvis borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom, er vernet etter bestemmelsen. Arbeidstaker med aktiv sykmelding eller delvis sykmelding vil etter departementets vurdering normalt befinne seg i en like sårbar situasjon som arbeidstaker med fulltids sykmelding/fulltids fravær. Vedkommende vil således ha like stort behov for det særlige vernet etter arbeidsmiljøloven § 64. Graden av tilstedeværelse på arbeidsplassen vil dessuten kunne variere gjennom en sykmeldingsperiode. Funksjonsevnen kan variere, og mange arbeidstakere forsøker ulike kombinasjoner sykmelding/arbeid. Etter departementets skjønn taler dette for at oppsigelsesvernregelen i arbeidsmiljøloven § 64 skal omfatte arbeidstaker med aktiv sykmelding eller delvis sykmelding. En motsatt regel vil dessuten kunne svekke arbeidstakers motivasjon til å opprettholde kontakten med arbeidsplassen og vil dermed kunne føre til uønsket passivitet”*. Forarbeidene ser følgelig ut til å gi støtte til en vid tolkning av bestemmelsen, slik at en arbeidstaker i en sårbar situasjon etter en konkret vurdering kan nyte godt av oppsigelsesvernet, selv om han i perioder er helt arbeidsfør. En slik tolkning åpner for at oppsigelsesvernet gjelder fra sykdommen oppsto og ett år fremover, uavhengig av om arbeidstaker er arbeidsufør hele perioden eller bare arbeidsufør deler av perioden.

Det kan derfor synes noe motstridende at det i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 231 presiseres at bestemmelsen som hovedregel ikke gir adgang til å summere korte men hyppige fravær, uten at dette er nærmere begrunnet. En årsak kan være at man i forarbeidene har støttet seg på juridisk teori fra før lovendringen.<sup>23</sup> En annen årsak kan være at man ikke har vært bevisst på endringene i ordlyden. Imidlertid er dette klar tale og det må tillegges vekt at dette standpunktet inntas i forarbeidene.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 tyder likevel på at lovgivers opprinnelige intensjon var at også hyppige sykefravær kunne være vernet. Tidligere var det et unntak fra oppsigelsesvernet når arbeidstaker på grunn av gjentatt sykefravær eller nedsatt arbeidsuførhet som følge av sykdommen var så lite skikket til å gjøre tjeneste i bedriften at oppsigelsen måtte anses å være saklig begrunnet etter de alminnelige saklighetskriterier.<sup>24</sup> I forarbeidene hvor denne endringen er begrunnet, er kritikken mot lovendringen og tilsvar fra departementet tatt med, jfr Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) på s. 26.

Arbeidstakerorganisasjonen N.A.F. uttaler at *"Vi kan ikke akseptere at en arbeidsgiver helt skal være avskåret fra å si opp en sykmeldt arbeidstager med vanlig oppsigelsesfrist når vedkommende som følge av hyppig sykefravær eller nedsatt arbeidsførhet på grunn av sykdom er så lite skikket til å utføre arbeid i bedriften at oppsigelsen måtte anses rettmessig i relasjon til de regler som ellers gjelder for å si opp en arbeidstager på saklig grunnlag."* Departementet gir følgende svar på kritikken: *"Departementet finner grunn til å minne om at det her er spørsmål om et særlig vern mot å bli sagt opp på grunn av sykdommen (sykefraværet). Arbeidstakeren har ikke noe sterkere vern mot å bli sagt opp av andre grunner enn friske arbeidstakere. Videre vil vernet gjelde et begrenset tidsrom (respektive 6 eller 12 måneder). Foreligger det en saklig grunn for oppsigelse som har sammenheng med sykefraværet, innebærer reglene bare at arbeidsgiveren må vente inntil 6 eventuelt 12 måneder med å gå til oppsigelse. Departementet kan ikke se at dette pålegger*

---

<sup>23</sup> Fanebust (2001), s.198 og Dege (1997) s. 398

<sup>24</sup> Arbeidervernloven av 1956 § 44



*arbeidsgiverne urimelige byrder i forhold til de interesser en vil ivareta hos den sykmeldte arbeidstaker.”*

Både arbeidsinsentiver, og hensynet til arbeidstaker støtter også oppunder en slik tolkning av bestemmelsen. Det er ingen grunn til at arbeidstaker med svak helse som prøver seg i jobb skal ha klart dårligere stillingsvern enn en tilsvarende arbeidstaker som velger å være fraværende. Den grunnleggende forutsetning i dette er at arbeidstaker har et reelt behov for beskyttelse. Dersom det er uklart om han ved enkelte tilfeller faktisk har vært syk, for eksempel ved manglende legeerklæringer, vil saken stille seg annerledes.

Det er særlig hensynet til arbeidsgiver som taler mot en slik tolkning. Det er gjerne denne typen sykefravær som medfører størst belastning på arbeidsgiver. Det blir vanskelig for arbeidsgiver å planlegge driften, og selv over en så kort periode som ett år vil problemene kunne bli store. Uforutsigbarheten gjør det vanskelig å få inn vikarer, og belastningen på andre ansatte blir gjerne betydelig, særlig i mindre bedrifter. Se forøvrig pkt. 2.2. På den annen side vil det være klart at arbeidstaker ikke lenger er uoppsigelig når det først har gått ett år.

Et annet argument mot en slik utvidelse av oppsigelsesvernet ved sykdom er at systemet kan utnyttes av arbeidstaker. Dersom bedriften har tegnet IA-avtale kan arbeidstaker ta ut opptil 24 egenmeldingsdager i året som ren ferie, samt skaffe seg sykemeldinger på heller tynt grunnlag i trygg forvisning om at han er uoppsigelig av denne grunn det første året.

Hvorvidt verneperioden gjelder må bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Både lovteksten, forarbeidene og reelle hensyn synes å gi grunnlag for at den også kan omfatte arbeidstakere som er i arbeid på oppsigelsestidspunktet, jfr ”*delvis borte*”. Det kan derfor være adgang til å summere hyppige fravær inn under én verneperiode hvor fraværet er av et slikt omfang at det er dekket av ordlyden. Særlig må dette gjelde hvor sykdomsårsaken er den samme.

### 3.2.3 Vilkår om sykefravær?

Når arbeidstaker ikke lenger klarer å utføre arbeidsoppgaven tilfredsstillende på grunn av en fysisk eller psykisk lidelse er han eller hun per definisjon syk. De fleste arbeidstakere vil naturligvis sykemelde seg og bli borte fra arbeidet i en slik situasjon. Men så enkelt behøver det ikke nødvendigvis å være. For eksempel kan det tenkes situasjoner der arbeidstaker, for eksempel på grunn av psykiske lidelser, ikke selv innser behovet for å sykemelde seg. Behovet for oppsigelsesvern vil da være tilstede i like stor grad.

Oppsigelsesvernet gjelder etter ordlyden bare når arbeidstaker er (helt eller delvis) *”borte fra arbeidet”*. Ut ifra forarbeidenes taushet kan det tyde på at lovgiver ikke har tenkt på at det kan finnes tilfeller hvor arbeidstaker er syk men likevel i full jobb.

I NAD-1981-168 ble en salgssjef gitt oppsigelse på grunn av manglende arbeidsprestasjoner. Arbeidstaker led av *”dyp depresjon”* og det ble lagt til grunn at de manglende arbeidsprestasjonene skyldtes sykdommen. Arbeidstakeren var sykmeldt da han ble gitt oppsigelse, men oppsigelsen var begrunnet i manglende arbeidsprestasjoner forut for sykmeldingen. Lagmannsretten uttaler følgende:

*”Ankemotpartens manglende arbeidsprestasjoner skyldes alene hans sykdom, og etter at sykdomsforholdet var klarlagt, virker det lite rimelig om det settes et skille ved tidspunkt for avgivelsen av sykemeldingen. Sykdommen var den samme både før og etter sykemeldingen. Ankemotparten må derfor etter at sykemeldingen forelå komme inn under det særlige vern som § 64 foreskriver. Lagmannsretten antar under disse omstendigheter at aml. § 64 nr. 1 og 2 også må gi vern for arbeidstakere som i verneperioden blir sagt opp på grunn av forhold som reelt sett har sin årsak i den sykdom som forelå før arbeidstakeren ble sykmeldt, og som var årsak til sykemeldingen. Spørsmålet har voldt noen tvil, men lagmannsretten finner en viss støtte for sitt standpunkt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, Ot.prp. nr. 41 (1975-76)”*.

Denne dommen er trukket fram i juridisk litteratur av Dege, som uttaler at ”[a]rbeidstaker kan heller ikke sies opp av grunner som i og for seg kan være saklige hvis dette har sammenheng med sykefraværet”.<sup>25</sup>

Dege uttaler samme sted at ”[d]et ikke er et vilkår for oppsigelsesvernet at sykdommen skal medføre fravær...”. Men i denne forbindelse viser han til NAD-1981-274 som gir uttrykk for det motsatte syn. I denne dommen ble arbeidstaker A oppsagt fra en vernet bedrift etter en episode som var den vesentlige del av oppsigelsesgrunnlaget. Retten fant at A før oppsigelsen hadde opptrådt meget ubehersket overfor arbeidsleder og arbeidskollegaer, og at det derfor var saklig grunn til oppsigelse. Retten la samtidig til grunn at As oppførsel skyldtes nervesammenbrudd og psykisk ubalanse.

Det kan for øvrig være et hårfint skille mellom det å være psykisk eller fysisk syk og det å ikke være psykisk eller fysisk sterk nok til å utføre arbeidet. I det siste tilfelle vil det være naturlig at arbeidstaker finner et mer passende arbeid. Hvor det er helt klart at manglende prestasjoner kan tilskrives sykdom, som i NAD-1981-168, vil det imidlertid være all grunn til at arbeidstaker skal nyte godt av oppsigelsesvernet i aml. § 15-8. Det må i hvert fall være klart oppsigelsesvernet kan få anvendelse ved sykdom som nødvendiggjør sykefravær, men hvor det på grunn av sykdommens art kan gå noe tid før det er klart at arbeidstakeren er syk. En helt bokstavelig tolkning av bestemmelsen vil medføre en uthuling av beskyttelsen av psykisk sykdom, hvor arbeidstaker typisk kan være tilstede en stund før arbeidsuførheten oppdages.

### 3.3 Krav til årsakssammenheng – ”på grunn av sykdom”

Det er et vilkår for oppsigelsesvernet at arbeidstaker har fravær ”på grunn av sykdom”.

Bestemmelsen verner motsetningsvis ikke fravær som skyldes andre grunner.

Folketrygdloven gir her noe veiledning, selv om kravet til sammenheng mellom sykdom og nedsatt arbeidsevne er noe ulikt formulert i tilknytning til de forskjellige ytelsene i

---

<sup>25</sup> Dege (2003) s. 742

folketrygdloven. I henhold til ftrl. § 8-4, 1. ledd ytes sykepenger *”til den som er arbeidsufør på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade”*. Tilsvarende presisering av *”klart”* finner man også i § 10-8, 1. ledd. Vilåret om at funksjonsnedsettelsen *”klart”* skal skyldes sykdom betyr ikke at sykdommen må være klar i den forstand at det må foreligge objektive tegn på sykdom, men at det må være en klar årsakssammenheng mellom arbeidsuførheten og en medisinsk lidelse. I samsvar med folketrygdlovens ervervsmessige uførebegrep må sykdommen her vurderes i forhold til det fravær som sykdommen eller ulykken medfører. I Rt-1995-227 ble en renovasjonsarbeider sagt opp på grunn av eksem som gjorde at han ikke kunne utføre sine arbeidsplikter. Eksemen gikk her inn under begrepet *”sykdom”*, selv om han ikke var syk i andre sammenhenger. Det vil si at det bare er sykdom i relasjon til arbeidsoppgavene som gir oppsigelsesvern. Dersom arbeidstakeren innenfor styringsretten kan settes til andre oppgaver, vil sykdommen ikke gi oppsigelsesvern. Det er her forutsatt at omplassering ikke går utover mulighetene for rehabilitering eller medfører uforholdsmessig store ulemper for arbeidstakeren. På den annen side, selv om sykdommen består i en funksjonsnedsettelse som i vanlig språklig forstand ikke kan anses som sykdom, vil den likevel kunne gi den ansatte oppsigelsesvern dersom funksjonsnedsettelsen gjør fravær fra arbeidet nødvendig. Sykdom gir altså oppsigelsesvern i den grad den nødvendiggjør fravær, se pkt. 1.6.

Problemene knyttet til årsakssammenheng kan være særlig store der arbeidstakers opptreden eller manglende arbeidsprestasjoner i seg selv er oppsigelsesgrunnlag, men hvor dette kan skyldes sykdom. Som nevnt i pkt. 3.2.3 kan oppsigelsesvernet også gi beskyttelse i slike tilfeller. Det kan da oppstå vanskelige bevissspørsmål. Det er normalt arbeidsgiver som har bevisbyrden i oppsigelsessaker. Men dersom man skulle pålegge arbeidsgiver å dokumentere, ikke bare at det foreligger saklige grunner til oppsigelse, men også at disse ikke skyldes arbeidstakers sykdom, vil man her pålegge arbeidsgiver en svært streng bevisbyrde. Reelle hensyn tilsier derfor at retten i slike tilfeller må legge det mest sannsynlige årsaksforhold til grunn.

### 3.4 Vilkår for oppsigelsesvernet

I aml. § 15-8 (3) oppstiller loven krav til varsling og dokumentasjon for at arbeidstaker skal kunne påberope seg vernebestemmelsen i første ledd. Det er tilstrekkelig å gi varsel om at fraværet skyldes sykdom og ingen plikt til å oppgi sykdomsårsaken. Bestemmelsen tilsvarende aml. (1977) § 64, 3. ledd og er videreført med samme materielle innhold.<sup>26</sup> I følge forarbeidene til den tidligere bestemmelsen må reglene sees på bakgrunn av gjeldende regler og praksis med hensyn til fremleggelse av legeattest m.v.<sup>27</sup> Dette betyr at reglene også må sees i lys av ftrl. § 8-7 om dokumentasjon av arbeidsuførhet og reglene om egenmelding, jfr ftrl. §§ 8-23 til 8-27. Det kan i denne forbindelse også nevnes at mange virksomheter har interne retningslinjer for når og hvordan et varsel skal gis.

Det fremgår av bestemmelsen at arbeidstaker må gi arbeidsgiver varsel om grunnen til sitt fravær *"innen rimelig tid"*. En problemstilling er da hvor snart arbeidstakeren plikter å gi beskjed. Spørsmålet har ikke vært oppe i Høyesterett. I rettspraksis fra lagmannsretten er det lagt til grunn at varsel skal gis *"så snart som mulig"*, jfr LB-1995-458 og *"umiddelbart"* jfr LE-1992-2154. Dette gir indikasjoner på at det er snevre rammer for hva som kan godtas av sommel.

En annen problemstilling er hvilke kvalitative krav som må kunne stilles til selve varselet. Bestemmelsen selv uttaler *"ved legeattest eller på annen måte"*. Som et utgangspunkt må arbeidsgiver følgelig godta legeattest. Det stilles forøvrig ingen formelle krav til selve varselet, men bestemmelsen inneholder også en plikt for arbeidstaker til å dokumentere sitt samlede sykefravær gjennom legeattest dersom arbeidsgiver krever det. Det kan etter forholdene kreves at det uoppfordret fremlegges legeattest etter en viss tid, som i LE-1992-2154 og LB 2002-2867. Dersom arbeidsgiver ikke krever legeerklæring, vil egenmelding som utgangspunkt måtte godtas innenfor rammene av retten til å benytte egenmeldinger, jfr. ftrl. § 8-7 1. ledd. Likevel må det kunne stilles visse krav til sannsynlighet for faktisk sykdom, jfr Rt-1986-1429, hvor egenmelding ikke ble ansett som tilstrekkelig bevis for arbeidstakers sykdom. I denne dommen ble en arbeidstaker gitt avskjed på grunn av

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76

urettmessig bruk av egenmeldinger. Han var tidligere fratatt retten til å benytte egenmeldinger og bedriften hevdet at han ikke var syk. Sakens faktum, blant annet arbeidstakers opptreden under egenmeldingsperioden, styrket bedriftens mistanker.

Høyesterett kjæremålsutvalg uttaler:

*”Lagmannsretten har uttalt at den kjærende part ikke har sannsynliggjort at han hadde lovlig sykefravær de dagene tvisten gjelder. Denne uttalelsen bygger på den forståelse av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven at en egenmelding ikke kan anses som et avgjørende bevis overfor arbeidsgiveren for at et fravær fra arbeidet har vært lovlig på grunn av sykdom. Denne tolking av lovbestemmelsene er kjæremålsutvalget enig i.”*

Denne avgjørelsen viser at egenmelding ikke automatisk er godkjent dokumentasjon for sykefravær i forhold til oppsigelsesvernet.

En tredje problemstilling er om det må kreves at arbeidstaker kan dokumentere hele sykefraværet med legeerklæringer for at verneperioden skal gjelde. I ftrl. § 8-7 er det oppstilt krav til dokumentasjon av sykefravær for å få rett til sykepenger fra folketrygden. I bestemmelsens andre ledd heter det at *”Legeerklæring kan ikke godtas for tidsrom før medlemmet ble undersøkt av lege (sykmeldingstidspunktet). En legeerklæring for tidsrom før medlemmet søkte lege, kan likevel godtas dersom medlemmet har vært forhindret fra å søke lege og det er godtgjort at han eller hun har vært arbeidsufør fra et tidligere tidspunkt.”* Bare i helt spesielle tilfeller godtas slik tilbakevirkende sykmelding som grunnlag for sykepenger og bestemmelsen praktiseres strengt av både NAV og Ankenemnda for sykepenger i arbeidsgiverperioden, se ftrl. § 21-13. Arbeidstaker må her sannsynliggjøre både faktisk arbeidsuførhet og at han har vært forhindret fra å oppsøke lege. Sett i lys av arbeidstakers rett til å kreve legeattest taler dette for at det som utgangspunkt må stilles krav til dokumentasjon for hele perioden arbeidstaker har sykefravær.

Et illustrerende eksempel fra rettspraksis har vi i LB-2002-2867. En 27 år gammel kranfører ble oppsagt av entreprenørfirmaet på grunn av manglende kommunikasjon fra

hans side i forbindelse med et 5 ukes sykefravær etter å ha skadet albuen. Han varslet arbeidsgiver i tekstmelding samme kveld som han hadde skadet seg, 28. mai 2001. Senere tok han ikke kontakt før 19. juni da han leverte sykemelding for perioden 29. mai til 11. juni. Det var uenighet om arbeidstaker hadde levert sykemelding for perioden 12. juni til 25. juni. Oppsigelse av 25. juni ble ansett saklig begrunnet, og arbeidstakeren var ikke vernet av det absolutte oppsigelsesvernet. Det ble lagt vekt på manglende informasjon/kommunikasjon fra arbeidstaker under fraværet. I saklighetsvurderingen ble det vektlagt at den manglende informasjonen skapte økonomiske og praktiske problemer for firmaet. Denne dommen indikerer at man ikke kan godta et hvilket som helst varsel og at arbeidstaker må gi tydelig informasjon om sykefraværet. Tekstmeldingen var muligens innen rimelig tid i forhold til de første dagers fravær, men i forhold til det lange fraværet som det her var snakk om var kravet til dokumentasjon ikke oppfylt.

At sykdommen dokumenteres og varsles innen rimelig tid, vil først og fremst ha den betydning at fraværet er lovlig. I sakene som har vært oppe for lagmannsretten, som dommene det er referert til i ovenfor, har mangel på dokumentasjon og varsling vært av en slik karakter at dette i seg selv har kunnet kvalifisere til oppsigelse. Spørsmålet om oppsigelsesvernet gjelder, har derfor ikke kommet på spissen. I disse sakene har oppsigelse eller avskjed vært gitt på grunn av ulovlig fravær. Oppsigelsesvernet vil altså ikke gjelde i tilfeller hvor ulovlig fravær er gyldig oppsigelses- eller avskjedsgrunn. Man kan si at det i aml. § 15-8 (3) er presisert at det bare er lovlig sykefravær som er vernet i bestemmelsen. Hvorvidt vilkårene er oppfylt må i alle fall vurderes konkret i det enkelte tilfelle, hvor arbeidstakers forhold, bedriftens forhold, interne retningslinjer og fraværets lengde kan være momenter i en helhetsvurdering, og hvor slingringsmonnet for manglende dokumentasjon ikke er stort.

## 4 Nærmere om sykdommens betydning

### 4.1 Utgangspunktet

At arbeidstakers helse eller manglende funksjonsevne etter omstendighetene kan gi grunnlag for oppsigelse henger for det første sammen med at en grunnleggende forutsetning for arbeidsforholdet basert på prinsippet om ytelse mot ytelse faller bort når arbeidstaker ikke lenger kan stille sin arbeidskraft til disposisjon. I tilfeller hvor arbeidstaker må være borte fra arbeidet på grunn av sykdom må derfor sykdomsprognosen, særlig fraværets lengde, bli avgjørende for oppsigelsesadgangen.

I andre tilfeller har arbeidstaker deler av sin funksjonsevne i behold. Spørsmålet om oppsigelse henger i så fall sammen med i hvor stor grad dette medfører problemer for arbeidsgiver, se pkt. 2.2. Disse problemene er i et årsaks-/virkningsperspektiv tett knyttet opp til sykdomsprognosen og sykdommens karakter. Ganske dekkende kan man derfor si at sykdomsbildet er et viktig moment ved oppsigelse på grunn av sykdom.<sup>28</sup> Men også andre forhold rundt selve sykdommen kan ha betydning, blant annet sykdommens opprinnelse.

### 4.2 Sykdommens opprinnelse

#### 4.2.1 Sykdom som forelå ved ansettelsen

Sykdom som arbeidsgiver kjente til ved ansettelsen skiller seg ikke prinsipielt fra annen sykdom. Her kan det ligge avtalte forutsetninger som må tas med i betraktning, for eksempel at partene er enige om at det gis en oppsigelse dersom arbeidstaker ikke blir i stand til å utføre arbeidsoppgaven. Arbeidstaker har her, som ved annen sykdom, en vidtrekkende tilretteleggingsplikt.

Men dersom arbeidstaker har tiet om sykdommen ved ansettelse, eller underdrevet betydningen av denne, stiller det seg annerledes. Ved grov fortielse kan det her være snakk om brudd på lojalitetsplikten og saklig grunn til oppsigelse. Men arbeidstaker kan også ha

---

<sup>28</sup> En slik terminologisk tilnærming er blant annet valgt av Kokkvold (2005)



vært for optimistisk på vegne av egen funksjonsevne, uten at det ligger noe grovt klanderverdig i dette. Rimelighetsbetraktninger tilsier da at arbeidstakers tilretteleggingsplikt ikke er like omfattende som ellers. Som utgangspunkt vil arbeidstaker uansett være vernet av det absolutte oppsigelsesvernet, jfr Ot.prp.nr.41 (1975-1976) på s. 26. Dersom oppsigelse begrunnes i sykdommen kan oppsigelse derfor først gis etter tolv måneder.

#### 4.2.2 Selvforskyldt sykdom

Selv om sykdommen er selvforskyldt påvirker ikke dette oppsigelsesvernet, jfr aml. § 15-8. Derimot vil dette kunne ha betydning i forhold til adgangen til oppsigelse.

Dersom en arbeidstaker uriktig påstår seg en sykdom eller for å slippe unna arbeidsoppgaver vil det være et brudd på lojalitetsplikten. De mest praktiske tilfellene vil være hvor arbeidstaker dikter opp symptomer. Et eksempel kan være at arbeidstaker lyver om vond rygg være nok til å slippe unna tunge arbeidsoppgaver. Slik illojalitet kan være vanskelig å oppdage, i hvert fall i hvert enkelt tilfelle. Man må også være forsiktig med å konkludere med at arbeidstaker påstår seg en sykdom. Langt vanligere er det nok at arbeidstaker rent subjektiv føler smerte, eller lignende, selv om det kan være vanskelig å finne en fysiologisk forklaring. Men dersom en slik løgn kan bevises kan det utvilsomt være oppsigelsesgrunn. Da er det imidlertid ikke sykdom som er oppsigelsesgrunn men bruddet på lojalitetsplikten.

At arbeidstaker bevisst påfører seg en sykdom eller skade, uten å være psykisk syk, er neppe en særlig aktuell problemstilling. Dersom dette skjer vil det som ved en påstått sykdom være brudd på lojalitetsplikten. Brudd på lojalitetsplikten eller arbeidstakers dårlige dømmekraft kan da være saklig grunn til oppsigelse.

At arbeidstaker ubevisst påfører seg selv en skade eller sykdom er svært vanlig. Mange sykdommer er man på et eller annet plan skyld i selv. Det kan være dårlig bekledning som medfører forkjølelse, eller det kan være å overse vikeplikten og dermed skade seg i

trafikken. Andre sykdommer kan man kanskje ikke noe for selv. Det kan være sykdom som skyldes uheldige belastninger i arbeidet, men det kan også skyldes andre ting. For eksempel trafikkskade hvor andre ikke overholder vikeplikten. Det sier seg selv at man normalt ikke kan legge vekt på slike faktorer.

I grenseland mellom de to ovennevnte ligger tilfeller hvor arbeidstaker bedriver farlige aktiviteter på fritiden, for eksempel risikosport som klatring eller lignende. Dersom man bedriver slike aktiviteter tar man en bevisst risiko, og skader som oppstår kan medføre store behov for tilrettelegging og opptrening på arbeidsplassen. Det vil da være lite rimelig om arbeidsgiver da vil ha den vanlige vidtrekkende plikten til tilrettelegging. Dette ville i realiteten medføre at arbeidsgiver opptrer som forsikringsselskap overfor arbeidstakers risikosport. Hvor man skal trekke grensen for hva som er risikosport er imidlertid ikke klart. I NAD-1986-222, referert til i pkt. 5.9, ble det ikke lagt synlig vekt på at skaden var oppstått under fotballkamp. Det må i hvert fall være snakk om en viss risiko før dette kan tillegges særlig vekt.

#### 4.2.3 Skade eller sykdom pådratt i arbeidsgivers tjeneste

Tidligere ble oppsigelsesforbudet forlenget fra seks til tolv måneder dersom arbeidsuførheten skyldtes *”legemsskade eller sykdom som arbeidstaker har pådratt seg i arbeidsgiverens tjeneste”*, jfr aml. (1977) § 64, 1. ledd.<sup>29</sup> Årsaken til at man valgte denne differensieringen fremgår ikke av nyere forarbeider. Trolig var tanken at arbeidsgiver bør være nærmest å ta konsekvensene av forhold som er oppstått på arbeidsgivers side, og at det derfor var rimelig med en lengre verneperiode i disse tilfellene. Da den generelle verneperioden ble forlenget fra seks til tolv måneder i tilknytning til arbeidet med den nye loven fant man ikke grunn til å forlenge perioden ytterligere på grunn av dette forholdet. Begrunnelsen var hovedsakelig hensynet til en klar og brukervennlig regel.<sup>30</sup> Det har derfor ikke lenger noen betydning for verneperioden at sykdommen er pådratt i arbeidsgivers

---

<sup>29</sup> Dessuten var verneperioden tolv måneder dersom arbeidstaker hadde vært ansatt i minst fem år sammenhengende.

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 232

tjeneste. Imidlertid har dette fortsatt en indirekte betydning for saklighetsvurderingen, jfr aml. § 15-7, ved at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt normalt er mer vidtrekkende hvis sykdommen har sammenheng med forholdene på arbeidsplassen, se pkt. 5.2

### 4.3 Sykdomsbildet

Som utgangspunkt må et legevitenskapelig sykdomsbegrep legges til grunn for hva som er sykdom, se pkt. 1.6. På samme måte må som utgangspunkt en medisinsk faglig vurdering legges til grunn for vurderingen av sykdomsbildet. Vanligvis er det arbeidstakers behandlende lege sin vurdering som legges til grunn for vurderingen sykdomsbildet. Derfor er det også arbeidstaker som har ansvar for utredning og eventuell behandling av sykdommen. Imidlertid vil sykdomsbildet i forhold til arbeidsuførheten henge nøye sammen med en funksjonsvurdering, se pkt. 5.5.1. Her er det arbeidsgiver som har hovedansvaret gjennom blant annet krav til oppfølgingsplan, se pkt. 5.2 flg.

Dersom det ikke er utsikter til bedring betyr det at en grunnleggende forutsetning for arbeidsforholdet faller bort, ettersom arbeidstaker ikke lenger kan stille sin arbeidskraft til disposisjon. I tilfeller hvor det ikke er utsikter til bedring vil det normalt være saklig grunn til oppsigelse etter at verneperioden er utløpt. Illustrerende er dommen fra Borgarting lagmannsrett, LB-2000-3513. En arbeidstaker ansatt som banemannskap på en gokartbane ble skadet i hoften under kjøring på banen. Han ble på grunn av dette 20 – 25 prosent medisinsk invalid. Skaden ble ansett som en yrkesskade både i forhold til trygdeetaten og forsikringsselskapet. Etter nesten tretten måneders sykefravær ble han oppsagt. I mellomtiden var det ikke gjort noe forsøk på tilrettelegging fra bedriftens side, og heller ikke avholdt drøftelsesmøte. På tross av svært mangelfull oppfølging fra bedriften ble oppsigelsen funnet saklig begrunnet. Det avgjørende var at han på grunn av skaden ikke ville kunne utføre de samme arbeidsoppgavene igjen og at det ikke var andre muligheter i bedriften.

I tilfeller hvor arbeidstakeren er i ferd med å bli frisk, eller det er gode utsikter til bedring, vil det normalt ikke kunne gis en saklig oppsigelse begrunnet i sykdommen. Dette gjelder

særlig hvis sykdomssituasjonen er oversiktlig. Eksempelvis vil dette kunne være tilfelle hvor arbeidstakeren har vært gjennom langvarig behandling på grunn av kreft.

Ofte kan det være usikkerhet knyttet til utsiktene til bedring. I en slik situasjon svekkes de grunnleggende forutsetningene for arbeidsforholdet, ettersom det er usikkert om arbeidstaker kan bli i stand til å oppfylle sin del av arbeidsavtalen. For arbeidsgiver skaper dette problemer med planlegging av arbeidet, bruk av vikarer, osv. Usikkerheten kan skyldes at sykdommen er av en slik karakter at det er vanskelig å stille en sikker prognose. Men usikkerhet kan også skyldes at sykdommen ikke er godt nok utredet, eller at den ansatte av forskjellige grunner ikke ønsker å uttale seg om den medisinske diagnosen. Det er normalt bare den ansatte selv som kan dokumentere eventuelle utsikter til bedring, og det er den ansatte som må ta ansvar for den medisinske behandlingen. Selv om det i utgangspunktet er arbeidsgiver som må dokumentere at vilkårene for oppsigelse er tilstede, taler dette for at arbeidstaker må bære risikoen for følgene av at sykdomsbildet er uklart. Illustrerende er en dom fra Oslo byrett, NAD-1984-326, hvor en salgssjåfør ble oppsagt på grunn av sykefravær som strakk seg fra 19. januar 1983 til han ble gitt oppsigelse den 5. august 1983. Oppsigelsen kom etter den dagjeldende 6 måneders verneperioden. Det var på oppsigelsestidspunktet meget uklart når han ville bli friskmeldt. Retten uttaler at *"[i] den situasjonen som forelå høsten 1983 var uklarheten og usikkerheten omkring As sykdom og fremtidige friskmelding for stor til at man kan karakterisere oppsigelsen som usaklig."* Jo større usikkerheten er omkring sykdommen, jo mindre skal det vanligvis til før en oppsigelse kan anses for saklig begrunnet.

Undertiden kan usikkerhet knyttet til bedring etter en operasjon eller utfallet av en ventende medisinsk utredning tilsi at arbeidsgiver må vente på en avklaring av situasjonen før en oppsigelse vil kunne være saklig begrunnet. I Rt-1984-1058 på s. 1067 uttaler Høyesterett at domstolen *"kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag"*, jfr også LB-2005-182268, se pkt. 1.1. Dette tilsier at dersom det er ventet en avklaring, vil dette tale mot at oppsigelsen er saklig begrunnet.

Alkoholisme og narkomani havner i en litt spesiell stilling. Dersom arbeidstaker er ruset eller beruset i forbindelse med arbeidet skal det lite til før det er saklig grunn til oppsigelse. Og dersom arbeidstaker har stort sykefravær som følge av alkoholmisbruk vil dette kunne gi saklig grunnlag for oppsigelse, uavhengig av at alkoholproblemet eventuelt godtas som sykdom i forhold til folketrygden.<sup>31</sup> Dette gjelder selv om alkoholisme kan sees på som sykdom.<sup>32</sup> Arbeidstakers rettsstilling vil her i stor grad avhenge av om bedriften er tilknyttet AKAN-ordningen (Arbeidslivets komité mot alkoholisme og narkomani),<sup>33</sup> jfr Rt-1999-163 (AKAN-dommen). Utgangspunktet er derfor at alkoholisme og narkomani ikke har samme arbeidsrettslige vern som annen sykdom.

#### 4.4 Særlig om hyppige korttidsfravær

Hva som ligger i hyppige korttidsfravær vil selvsagt variere. Det er en naturlig betegnelse på gjentatte fravær fra 15-20 prosent og oppover. Poenget er å markere et skille fra den typiske situasjonen hvor arbeidstaker er syk en viss periode, gjerne med en klart definert sykdom eller skade. Sykdomsårsaken kan være klar også ved hyppige korttidsfravær, for eksempel leddgikt, men ofte ligger det forskjellige eller for arbeidsgiver ukjente sykdomsårsaker bak. En forskjell fra denne typen fravær og de langvarige sykefraværene er at den grunnleggende forutsetningen for arbeidsforholdet ikke nødvendigvis faller bort her. Arbeidstaker fortsetter tross alt å stille sin arbeidskraft til disposisjon. Ved hyppige korttidsfravær vil det viktigste derfor være å se på hvor store problemer fraværet medfører for arbeidsgiver. I denne sammenheng må man huske på den avveining som skal gjøres og at arbeidstaker med et slikt sykdomsbilde kan være i en svært vanskelig situasjon, se pkt. 2.3. Usikkerhet omkring sykdommen vil også kunne tillegges vekt ved hyppige sykefravær, se pkt. 4.3. Dersom en arbeidstaker stadig er syk uten at det foreligger noen klar årsak, kan det stilles spørsmål ved arbeidstakers lojalitet og arbeidsmoral. En eventuell mangel på legeerklæringer eller manglende dokumentasjon av sykdommen, kan derfor ha stor betydning jfr LB-2002-2867.

---

<sup>31</sup> Allstrin (2008)

<sup>32</sup> Pkt. 1.6, tredje. spalte

<sup>33</sup> Fanebust (2001) s. 241 flg.

Det er tvilsomt om det i dag er adgang til oppsigelse på grunn av hyppige kortidsfravær før det er gått tolv måneder, i hvert fall når oppsigelsen vesentlig skyldes sykdom. Dette skyldes for det første at arbeidstaker ved svært mye sykefravær kan ha absolutt oppsigelsesvern. For det andre vil det ved mindre fravær neppe medføre så store problemer at det kan være saklig grunn til oppsigelse før det er gått lang tid. Muligens kan spesielle forhold i bedriften helt unntaksvis medføre noe annet. Derimot kan det fint tenkes at sykefravær av mindre omfang vil kunne tillegges vekt ved helhetsvurderingen i en oppsigelse som hovedsakelig har andre årsaker. For øvrig vil sakligheten av en oppsigelse bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, og det er vanskelig å fastslå noe helt generelt.

Ett av få eksempler fra rettspraksis hvor oppsigelse hovedsakelig er begrunnet i hyppige kortidsfravær finner vi i RG-1985-577, omtalt i pkt. 2.3. Her ble oppsigelse ansett saklig begrunnet etter at arbeidstaker hadde et fravær mellom 10 og 30 prosent på grunn av leddgikt over en periode på drøyt fem år.

## **5 Nærmere om tilrettelegging og omplassering**

### **5.1 Utgangspunktet**

Et sentralt moment i saklighetsvurderingen ved oppsigelse på grunn av sykdom er om, eventuelt i hvilken grad, arbeidsgiver har oppfylt sine plikter etter arbeidsmiljøloven for øvrig, herunder tilretteleggingsplikten. Dette er sikker rett og er lagt til grunn i både rettspraksis og forarbeider.<sup>34</sup> Den sentrale bestemmelsen er aml. § 4-6 som oppstiller krav om tilrettelegging for arbeidstakere med ”*reduisert arbeidsevne som følge av sykdom, ulykke, slitasje, e.l.*”.<sup>35</sup> For arbeidstakere med ”funksjonshemming” gjelder en tilsvarende

---

<sup>34</sup> Rt. 1995 s. 227 og NOU 2004: 5 pkt. 15.6.3

<sup>35</sup> Tidligere arbeidsmiljøloven (1977) § 13 nr. 2 til 5

bestemmelse i aml. § 13-5, se nærmere pkt. 5.8. I tillegg gjelder de alminnelige krav til arbeidsmiljøet, jfr aml. kap. 4 og krav til bedriftens internkontroll, jfr aml. kap. 3.

## 5.2 Krav om tilrettelegging i aml. § 4-6

Krav om tilrettelegging i aml. § 4-6 er i tråd med arbeidsmiljølovens uttalte formål om å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon, jf. aml. § 1-1 bokstav c, og å bidra til et inkluderende arbeidsliv, jfr aml. § 1-1 bokstav e. Tilrettelegging for syke arbeidstakere er et viktig virkemiddel for å hindre utstøting fra arbeidslivet, men også for å utnytte ressurser i arbeidstakernes restarbeidsevne.

Arbeidsgiver har en plikt til å tilrettelegge *”så langt det er mulig”*, jfr aml. § 4-6, 1. ledd. Dette kan ikke tolkes bokstavelig og hvor langt det er rimelig å strekke arbeidsgivers plikter må veies mot hva som kan oppnås for den ansatte. I forarbeidene er det uttalt at dette beror på en konkret helhetsvurdering der *”virksomhetens art, størrelse og økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre”*, jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 105. Hva som ligger i dette må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Samtidig slås det fast at *”arbeidsgivers plikter er vidtrekkende”*.

Virksomhetens størrelse og økonomi vil være av betydning for hvilke tiltak som det er forsvarlig å gjennomføre. Disse to forhold henger sammen, ettersom små virksomheter normalt sett har mindre ressurser til slike tiltak enn de store. Prinsipielt sett er det ikke størrelsen som avgjør hvor langt plikten går, men virksomhetens ressurser. For en liten bedrift kan det bli for dyrt å anskaffe avanserte tekniske innretninger som gjør at arbeidstakeren kan beholde arbeidet. En mulig retningslinje for hvor stor ressursbruk man må kunne kreve til tilretteleggingstiltak er i hvor stor grad dette legger begrensninger på andre aktiviteter i virksomheten. I noen tilfeller kan virksomhetens økonomiske situasjon være skiftende eller konjunkturavhengig, slik at man i noen perioder kan kreve mer enn i andre perioder. Et annet moment som spiller inn her er i hvilken grad de andre ansatte

berøres. Belastningen på de andre ansatte vil som regel være større i små bedrifter enn i store.

Virksomhetens ressurser må vurderes i lys av muligheten for offentlige tilskudd og yrkesrettet attføring. IA-bedrifter kan søke tilretteleggingstilskudd fra NAV i forbindelse med tilretteleggingstiltak, og dermed ha et større ansvar for å gjennomføre tiltak. I mange tilfeller består tilretteleggingstiltak i å anskaffe tekniske hjelpemidler. NAV har ansvar for hjelpemidler, når behovet er varig, dvs. over to år. For øvrig er det arbeidsgivers ansvar å skaffe til veie og bekoste nødvendige hjelpemidler. Likevel kan NAV gi tilskudd til anskaffelse av teknisk utstyr. Ved arbeidstrening kan det ytes sykepenges fullt ut eller graderte sykepenges, jfr ftrl. § 8-6.

Virksomhetens art vil være av betydning for i hvilken utstrekning det er praktisk mulig å gjennomføre tiltak. Noen virksomheter har arbeidsoppgaver av en slik art at det, sett i sammenheng med sykdomsbildet, ikke er mulig med tilrettelegging.

For arbeidstaker blir det et spørsmål om i hvilken grad det aktuelle tiltaket kan forventes å øke muligheten til å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene. Her må det som minimum oppstilles en plikt til å utrede forskjellige muligheter, med mindre dette er åpenbart unødvendig. Et tilfelle hvor en oppsigelse ble ansett ugyldig på grunn av manglende utredning, har vi i LE-1990-478. En halvt uføretrygdet, sterkt synshemmet mann ble oppsagt fra en arbeidsmarkedsbedrift på grunn av nedsatt yteevne. Bedriften hadde unnlatt å foreta tilstrekkelig utredning av mulighetene for tekniske hjelpetiltak. Retten uttalte at *”...tekniske hjelpetiltak vil kunne bedre Bjørnsbråtens funksjonsevne. Hva som kan oppnås og hvilke kostnader det medfører, er ikke klarlagt. Men uten forsvarlig utredning av og forsøk med tekniske hjelpemidler, er så vel retten som bedriften avskåret fra å foreta en reell vurdering av yteevnen. Mangler en slik vurdering, foreligger derfor ikke tilstrekkelig saklig grunn til oppsigelse på det grunnlag som her er påberopt”*. Først når mulighetene for tiltak er utredet må det foretas en vurdering av tiltakets hensiktsmessighet i forhold til ressursbruk. Det kan være aktuelt å iverksette flere tiltak før man når en grense hvor



ressurshensyn slår igjennom. I den nevnte dom uttalte retten at spørsmålet om de aktuelle tiltakene ville nærmet seg denne grensen, kunne det først tas stilling til når behov og muligheter for tekniske tiltak i den aktuelle arbeidstakerens arbeidssituasjon var blitt utredet. Det var derfor ikke saklig grunn til oppsigelse.

Hvor langvarig sykdommen er, vil også ha betydning for tilretteleggingsplikten. I forarbeidene presiseres det at varigheten av den reduserte arbeidsevnen vil være et sentralt moment ved vurderingen av arbeidsgivers plikter i det enkelte tilfellet, jfr Ot.prp nr. 18 (2002-2003) kapittel 2.5.2.1. Det vil for eksempel ikke være rimelig å pålegge arbeidsgiver omfattende utgifter til ombygging mv. dersom det dreier seg om tilretteleggingsbehov av begrenset varighet. Et vanlig problem er imidlertid at det kan være uklart hvor langvarig sykdommen er, se pkt. 4.3.

Det fremgår av forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven, jfr Ot.prp nr. 3 (1975-76) s. 70, at arbeidsgivers plikter med hensyn til tilrettelegging er særlig vidtgående hvis yrkeshemningen har sammenheng med forholdene på arbeidsplassen. Dette støttes også nyere rettspraksis. Det ble uttalt i LB-2005-182268 at *”En arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge arbeidet etter arbeidsmiljøloven § 13 hva enten arbeidstakerens reduserte arbeidsevne skyldes arbeidet eller andre årsaker. Hvor omfattende plikten er, kan imidlertid stille seg forskjellig i de to tilfellene”*. Det er heller ikke urimelig at arbeidsgiver, som har overordnet kontroll med og ansvar for arbeidsmiljøet, har en særlig vidtgående tilretteleggingsplikt når arbeidsforholdene er årsak til sykdom hos arbeidstaker. Dette taler for at arbeidstakers plikter generelt går lenger når sykdommen er oppstått i forbindelse med arbeidet. Men sett i lys av arbeidsgivers plikter med hensyn til det generelle arbeidsmiljøet (se pkt. 5.7) og krav til forebyggende internkontroll (se pkt. 5.6) vil årsaken til at sykdommen oppsto kunne ha en betydning. Følgelig må man ikke bare se på om sykdommen har oppstått i arbeidsgivers tjeneste, men også om arbeidstaker har pådratt seg sykdom som følge av forsømmelser fra arbeidsgiver og eventuelt i hvilken grad arbeidstaker har oppfylt sin medvirkningsplikt (se pkt. 5.9).

Den ansattes alder og ansiennitet vil også spille inn. I Ot.prp. nr. 3 (1975-1975) på s. 70 uttales det i tilknytning til den tidligere aml. § 13 nr. 2 at *”jo lengre tid det er gått siden tilsettingen, jo større grunn er det til å øke arbeidsgiverens plikter”*. Begrunnelsen; at eldre arbeidstakere normalt har vanskeligere for å få arbeid, gjelder ikke mindre i den avveining som må gjøres her. Alder og ansiennitet vil dessuten være momenter i saklighetsvurderingen forøvrig.

### 5.3 Typer av tilretteleggingstiltak

I § 4-6 1. ledd, 2.pkt. er det som virkemidler for at arbeidstaker kan fortsette i sitt vanlige arbeid opplistet følgende tiltak som arbeidsgiver plikter å vurdere: *”...tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr, gjennomgått attføring e.l.”* Som veiledning for hva som ligger i de forskjellige tiltakene er det opplistet eksempler på tiltak i forarbeidene<sup>36</sup> og etterarbeider<sup>37</sup>.

Tilrettelegging av arbeidet kan være endring av rutiner eller arbeidsoppgaver. Utgangspunktet for sykdommen er at arbeidstaker ikke lenger kan utføre de vanlige arbeidsoppgavene. Endringer i disse, eller i rutiner, kan etter forholdene gjøre det mulig for arbeidstaker å gjenoppta arbeidet. Det kan være alt fra små tilpasninger til store endringer. Arbeidsgivers styringsrett setter grenser ved hvor store endringer som kan gjøres. (Dersom disse er så store at stillingens karakter og grunnpreg endres kan det være snakk om en omklassering eller endringsoppsigelse, avhengig av mulighetene for annen tilrettelegging.) Tilrettelegging av arbeidet vil etter forholdene ofte medføre aktiv medvirkning fra andre medarbeidere. Et praktisk eksempel kan være endring fra fysisk tunge til lettere oppgaver i helse- og omsorgssektoren, for eksempel på en institusjon der medarbeidere kan overta oppgaver som tunge løft, etc.

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 49 (2002-2003) på s. 105

<sup>37</sup> St.mld. nr. 40 (2002-2003) pkt. 5.2.4

Tilrettelegging av arbeidstiden kan også være *”et svært hensiktsmessig virkemiddel”*, jfr Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) kapittel 2.5.2.2. Dette vil særlig innebære redusert arbeidstid ettersom full tid er for belastende. Men også endret tidspunkt for arbeid kan være aktuelt f.eks. slik at arbeidstakeren slipper kvelds-/nattarbeid. Lønnsmessig kan dette innebære ulemper for arbeidstaker ettersom han eller hun ikke har krav på lønnskompensasjon for arbeidstidsreduksjonen eller arbeidstidsendringen (kveldstillegg, etc.). Imidlertid gir folketrygdloven i noen grad rett til graderte ytelser. For å få rett til graderte sykepenger er det stilt som vilkår at evnen til å utføre inntektsgivende arbeid er nedsatt med minst 20 prosent, jfr ftrl § 8-13. Rehabiliteringspenger og uførepensjon vil arbeidstaker bare ha krav på dersom arbeidsevnen er nedsatt med minst halvparten, jfr ftrl. §§ 10-8, 1. ledd og 12-7, 1. ledd. Reduksjon i arbeidstiden er derfor ikke nødvendigvis noen god løsning på lang sikt, sett fra arbeidstakers side.

Arbeidsutstyr er i forskrift om bruk av arbeidsutstyr, § 2, definert som: *”tekniske innretninger o.l. som maskiner, løfteredskap, sikkerhetskomponenter, beholdere, transportinnretninger, apparater, installasjoner, verktøy og enhver annen gjenstand som nyttes ved fremstilling av et produkt eller ved utførelse av arbeid”*. I forarbeidene er det presisert at arbeidsgiverens plikter ikke omfatter slikt utstyr som arbeidstakeren er avhengig av også utenom arbeidssituasjonen.

Med *”gjennomgått attføring”* siktes det til yrkesrettet attføring, jfr folketrygdloven kapittel 11. Et vilkår for yrkesrettet er at arbeidstakeren på grunn av sykdommen *”har fått sin evne til å utføre inntektsgivende arbeid (inntektsevnen) varig nedsatt, eller”*... *”har fått sine muligheter til å velge yrke eller arbeidsplass vesentlig innskrenket”*, jfr ftrl. § 11-5, 1. ledd. Det kan bl.a. ytes attføringsstønad til opplæring, trening og arbeidstilvenning i bedrifter o.l. og fadder og praktisk hjelp, jfr ftrl. § 11-8, 1. ledd.

I tillegg til disse tiltakene er det i forarbeidene foreslått endringer av arbeidsplassen: *”døråpninger, terskler, installering av heis, anskaffelse av rullestolrampe, flytting av dørhåndtak, lysbrytere, tilpasset skrivebord, stol osv”*. Dette må sies å dekke det samme som aml. § 4-1, 4. ledd, se pkt. 5.7.

## 5.4 Omplassering

Aml. § 4-6 1. ledd inneholder også en omplasseringsplikt, jfr *”få passende arbeid”*. Denne plikten er subsidiær i forhold til tilretteleggingsplikten og *”[a]rbeidstaker skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid”*. Plikten til å omplassere må sees på som en del av tilretteleggingsplikten, men terminologisk er det nyttig med et eget begrep for plikten til å skaffe annet passende arbeid.

Først etter at det er forsøkt å legge forholdene til rette i den opprinnelige stillingen, eller når dette åpenbart ikke er mulig, er det aktuelt med omplassering. Selv om omplasseringsplikten er subsidiær, er det ingenting i veien for at partene blir enige om en omplassering. Dette kan være aktuelt i tilfeller hvor bedriften har en passende stilling ledig som arbeidstaker er kvalifisert for og hvor arbeidstaker er fornøyd med en slik løsning. Imidlertid vil det som oftest kreve betydelig innsats fra arbeidsgiver å finne et annet passende arbeid til arbeidstakeren. Omplassering er som regel en dyrere løsning for bedriften, og det kan være vanskelig å få til uten at andre arbeidstakers rettigheter blir innskrenket.

Arbeidsgiver plikter å omplassere *”så langt det er mulig”*. Men mens det i teorien ikke er grenser for hvor mye man kan tilrettelegge, vil en omplassering avhenge av om det finnes annet passende arbeid i bedriften. Omplasseringsplikten går ikke så langt at arbeidsgiver har noen plikt til å opprette ny stilling, jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 105. Videre har Høyesterett slått fast at bestemmelsen ikke kan tolkes slik at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede.<sup>38</sup> Hvorvidt det finnes muligheter til omplassering vil i stor grad avhenge av virksomhetens størrelse. Dette innebærer i praksis at oppsigelsesvernet i en stor bedrift i praksis er langt bedre enn i en liten bedrift.

---

<sup>38</sup> Rt-1995-227

Et spørsmål er om arbeidsgiver plikter å la arbeidstaker prøve ut alternative stillinger. I den forbindelse har lagmannsretten uttalt at bestemmelsen ”*ikke inneholder noen forpliktelse for arbeidsgiver til å la en yrkeshemmet ansatt faktisk prøve seg i ulike jobbsituasjoner for å kunne slå fast hvorvidt det [er] mulig å tilretteleggen en arbeidssituasjon for arbeidstakeren, det være seg av vedkommendes tidligere arbeid eller en alternativ sysselsetting*”.<sup>39</sup>

Denne uttalelsen har vært kritisert av Kokkvold som hevder at en slik tolkning av aml. § 4-6 1. ledd vil kunne begrense omplasseringsplikten vesentlig og at den ikke har rettskildemessig grunnlag.<sup>40</sup> Kritikken bygger på en forståelse av lagmannsrettens uttalelse som innebærer at det *aldri* vil være noen slik forpliktelse, og et poeng er at hvor det uklart om en annen stilling er passende kan det etter forholdene være i strid med ordlyden om arbeidstaker ikke får mulighet til å faktisk prøve seg. Etter mitt syn må man tolke denne dommen dit hen at bestemmelsen ikke inneholder noen generell forpliktelse til å prøve ut alternative stillinger. En side ved dette er at spørsmålet ikke så ofte kommer på spissen, i det man som regel på forhånd vil kunne fastslå om en stilling passer eller ikke.

Dersom det i medhold av første ledd er aktuelt å overføre en arbeidstaker til annet arbeid, skal arbeidstaker og arbeidstakers tillitsvalgte tas med på råd før saken avgjøres, jfr § 4-6, 2. ledd.

## 5.5 Krav til oppfølgingsplan

I aml. § 4-6 (3) er det et krav til arbeidsgiver om å utarbeide oppfølgingsplan. Krav om utarbeiding av oppfølgingsplan mv. ble først tatt inn i aml (1977) i 2003 for å presisere, og til dels utvide, arbeidsgivers ansvar når det gjelder tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte arbeidstakere, jfr Ot.prp.nr. 18 (2002-2003) kapittel 2.5. Målsetningen var at

---

<sup>39</sup> LB-2000-3513, se pkt 5.2

<sup>40</sup> Kokkvold, Lars (2005) på s. 49

oppfølgingsplanene skulle fungere som et sentralt verktøy i virksomhetens arbeid med sykefraværsoppfølging i forhold til den enkelte arbeidstaker.

Hensikten med en oppfølgingsplan er å identifisere hva som skal til for at arbeidstakeren skal kunne fungere i sitt arbeid, det vil si å finne hensiktsmessige tiltak som skal iverksettes etter aml. § 4-6 første ledd, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 7.3.7 på s. 104. Dette vil bygge på en funksjonsvurdering av arbeidstaker. Krav om oppfølgingsplan innebærer en aktivitetsplikt for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver tvinges dermed til å ta aktive skritt og arbeidstakeren involveres i prosessen. I tillegg fungerer den som dokumentasjon på hvilke tiltak som er vurdert og gjennomført.

Dersom kravene til oppfølgingsplan ikke er oppfylt vil dette være en naturlig presumpsjon for at vurderingsgrunnlaget for tilretteleggingstiltak ikke er godt nok. Dermed vil kravet til oppfølgingsplan indirekte ha stor betydning for om tilretteleggingsplikten er oppfylt.

Dessuten vil aktiviteten som arbeidsgiver plikter å utvise i forbindelse med oppfølgingsplanen i seg selv kunne være av betydning for arbeidstakers sykdom. Dette gjelder for eksempel der arbeidstaker er borte fra arbeidet på grunn av psykiske plager som følge av vanskelige sosiale forhold på arbeidsplassen. Manglende oppfølging kan da være en bevisst utfrysning fra arbeidsgivers side.

Arbeidet med oppfølgingsplanen skal starte så tidlig som mulig og den skal være klar senest innen seks uker, jfr aml. § 4-6 (3), 2. pkt. Det er krav om oppfølgingsplan også i de tilfellene arbeidstaker er delvis borte fra arbeidet. Dermed gjelder kravet overfor arbeidstakere med aktiv sykemelding eller delvis sykemelding. Men det kan også gjelde hvor arbeidstaker har hyppige sykefravær av et slikt omfang at det går inn under ordlyden, jfr *"delvis borte fra arbeidet"*.<sup>41</sup> Det er gjort unntak fra plikten til å lage en oppfølgingsplan når dette er åpenbart unødvendig, for eksempel når det er tydelig at arbeidstakeren vil vende tilbake til jobb uten særlig tilrettelegging, eller der tilstanden er slik at det kan fastslås at vedkommende ikke vil være i stand til å komme tilbake i arbeid.

---

<sup>41</sup> Se pkt. 3.2.2

Uansett vil det foreligge en plikt til å ta kontakt med arbeidstaker for å kunne vurdere hvorvidt en oppfølgingsplan er nødvendig.

Ettersom krav til oppfølgingsplan er såpass nytt foreligger det ennå ingen dommer hvor planen er vurdert innholdsmessig i forhold til tilretteleggingsplikten. I Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) fremgår det imidlertid tydelig hvilke innholdsmessige krav som stilles:

*”Departementet understreker at det er vesentlig at arbeidsgiver får et så enkelt verktøy å forholde seg til som mulig. Hvis planen skal kunne oppfylle sitt formål, må utgangspunktet imidlertid være at den skal inneholde både mål, aktiviteter og ansvar.*

*Departementet foreslår at oppfølgingsplanen skal inneholde en vurdering av arbeidstakers oppgaver og funksjonsevne, dvs. hva arbeidstaker kan gjøre/ikke kan gjøre. Videre skal planen inneholde de tiltak for tilrettelegging som virksomheten kan gjøre i fysiske og organisatoriske forhold for at den fraværende arbeidstakeren skal kunne komme tilbake i arbeid. Eksempler her er fysisk tilrettelegging, anskaffelser/tilpasninger av teknisk utstyr, endring av rutiner, arbeidsfunksjoner eller arbeidstid, nye arbeidsoppgaver, opplæring/omskolering, ev. gjennom yrkesrettet attføring med permisjon fra virksomheten. Departementet presiserer at pliktene til tilrettelegging også i denne sammenheng gjelder "så langt det er mulig", jf. § 13 nr. 2.*

*Det understrekes at spørsmålet om hvor omfattende den enkelte planen skal være mht. vurderinger av tiltak etc., vil bero på omfanget og varigheten av funksjonssvikten.*

*Departementet foreslår dessuten at oppfølgingsplanen skal inneholde oversikt over relevante offentlige virkemidler som den enkelte arbeidstakeren og virksomheten kan og vil ta i bruk for å få arbeidstakeren tilbake i arbeid, herunder aktiv sykmelding, tilretteleggingstilskudd til bedriftsinterne tiltak etc. Ansvar for å innhente informasjon om hvilke virkemidler som kan være aktuelle, skal ligge på arbeidsgiver”.*

Krav om utarbeiding av oppfølgingsplan må leses i sammenheng med sykmeldtes aktivitetsplikt etter ftrl. § 8-4, 2. ledd, jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 105. Sykmeldt arbeidstaker plikter så tidlig som mulig og senest innen åtte uker å prøve seg i arbeidsrelatert aktivitet for å få rett til sykepengen, unntatt når medisinske grunner klart er

til hinder for slik aktivitet. At kravet her er åtte uker henger sammen med at oppfølgingsplanen tidligere måtte være utarbeidet innen åtte uker. Planen skal lages i samråd med arbeidstaker og det er gjensidig ansvar for forslag og ideer. Om arbeidstakers medvirkningsplikt, se pkt. 5.9.

NAV skal innhente oppfølgingsplan fra arbeidsgiver tidligst mulig og senest når arbeidsuførheten har vart i tolv uker uten at en sykmeldt arbeidstaker er i arbeidsrelatert aktivitet, jfr ftrl. § 8-7, 7. ledd. Arbeidsgiver plikter dessuten å utlevere oppfølgingsplanen etter krav fra NAV, jfr ftrl. § 25-2, 2. ledd. Normalt vil oppfølgingsplanen innhentes etter at det er avholdt dialogmøte.

Arbeidstaker plikter å avholde dialogmøte innen tolv uker, jfr aml. § 4-6, 4. ledd. Hensikten med et dialogmøte er å sikre den dialogen som gjør at man kan finne hensiktsmessige tiltak som skal iverksettes etter § 4-6, 1. ledd. Derfor er det også en lovfestet plikt for arbeidstaker å delta i et slikt møte, jfr aml. § 2-3, 2. ledd, bokstav g. Dersom både arbeidsgiver og arbeidstaker-, eller arbeidstaker alene ønsker det, skal legen eller annen sykmeldende behandler delta i dialogmøtet, jfr ftrl. § 25-5. Også tillitsvalgt/verneombud kan være med i møtet.

Arbeidsgivers plikt til å avholde et dialogmøte etterfølges av en plikt for NAV til å avholde et dialogmøte senest når arbeidsuførheten har vart seks måneders, jfr ftrl. § 8-7, 8. ledd. I dette dialogmøtet skal resultatene av bedriftsinterne tiltak vurderes. Opplysningene på dialogmøtet er viktig vurderingsgrunnlag for om det skal iverksettes yrkesrettet attføring.

### 5.5.1 Funksjonsvurdering

Utgangspunktet er at tilretteleggingsarbeidet bygger på en vurdering av funksjonsevne. Sandmanutvalget definerer funksjonsevne som *"personens psykiske, fysiske og sosiale ressurser i forhold til de oppgaver vedkommende skal utføre i forhold til arbeid, fritid og*



*personlige gjøremål*".<sup>42</sup> I Sandmanutvalgets innstilling heter det dessuten at *"funksjonsvurderingen skal angi funksjonsevne/funksjonssvikt i forhold til arbeid og hva som skal til for at den sykmeldte skal komme tilbake til arbeid"*.<sup>43</sup> En funksjonsvurdering bør følgelig inneholde en drøfting av psykiske, fysiske og sosiale ressurser, sett i forhold til den sykmeldtes arbeidsoppgaver.<sup>44</sup> Fokus skal forutsetningsvis være hva arbeidstaker faktisk kan utføre av arbeidsoppgaver og ikke på begrensningene. Det følger av folketrygdloven § 8-7, 3. ledd, jfr. 1. ledd at legeerklæringen også skal ta utgangspunkt i en funksjonsvurdering.

I forhold til egen medisinsk diagnose har arbeidstakeren ingen opplysningsplikt. Av og til kan det være hensiktsmessig for arbeidstaker å opplyse om årsaken til funksjonssvikten. Dette er det ikke noe i veien for. Men noen slik plikt har arbeidstaker ikke. Skillet mellom medisinsk diagnose og funksjonsevne kan være problematisk, men det faller utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på dette her.

## 5.6 Krav til internkontroll

Krav til virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid (internkontroll) har betydning på to måter. For det første har virksomheten en plikt til å utarbeide rutiner kontroll med og oppfølging av sykefravær. For det andre har virksomheten et ansvar for å utarbeide kontrollrutiner for å kartlegge og redusere faremomenter.

Det systematiske arbeidet med forebygging og oppfølging av sykefravær er en del av tilretteleggingsarbeidet. I henhold til aml. § 3-1, (1) bokstav f plikter arbeidsgiver å sørge for at det gjøres et systematisk arbeid med forebygging og oppfølging av sykefravær. Det må utarbeides rutiner som fastsetter hvordan slike saker skal registreres og behandles, hvem som er ansvarlig for hvilke tiltak, og hvordan resultatene skal følges opp. Alle

---

<sup>42</sup> NOU 2000: 27 pkt 10.3 på s. 161

<sup>43</sup> NOU 2000: 27 pkt 10.1.1 på s. 143

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) pkt. 4.4 på s. 6

virksomheter er pålagt å registrere sykefraværet, jfr aml. § 5-1, 4. ledd og ftrl. § 25-2 1. ledd. Analyser av sykefravær og utviklingen av dette er et viktig redskap bl.a. for å oppdage individuelle behov for tilrettelegging. Eksempler fra forarbeidene på aktuelle rutiner på sykefraværsområdet er rutiner for mellomlederes og arbeidslederes oppgaver og ansvar for å vurdere aktuelle løsninger når det oppstår behov for særlig tilrettelegging, og faste rutiner for bruk av aktiv sykmelding og individuell tilrettelegging ved langvarig sykmelding.<sup>45</sup> Manglende rutiner for håndtering av sykefravær vil følgelig være et moment som taler for at tilretteleggingsplikten ikke er overholdt.

Forebygging av skader og sykdommer ligger innebygd som en viktig del av kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. I aml. § 4-1 (2) er det uttrykkelig fastsatt at forebyggelse av skader og sykdommer skal tillegges vekt når det gjelder arbeidets planlegging og utforming. Arbeidsmiljøloven oppstiller flere konkrete krav i tilknytning til dette. I aml. § 3-1 (2) bokstav c er det krav om at arbeidsgiver skal kartlegge risikoforholdene, og utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen. Videre skal arbeidsgiver sørge for at arbeidstaker gjøres kjent med ulykkes- og helsefarer som kan være forbundet med arbeidet, og at arbeidstaker får nødvendig opplæring, jfr aml. § 3-2 (1) bokstav a. Når det er nødvendig skal arbeidsgiver dessuten skaffe til veie tilfredsstillende personlig verneutstyr, sørge for opplæring og at utstyret faktisk brukes, jfr aml. § 3-2 (2). Dersom det oppstår en skade eller sykdom hos arbeidstaker som følge av at arbeidsgiver ikke har overholdt disse kravene, vil arbeidsgiver rimeligvis ha en mer vidtrekkende tilretteleggingsplikt.<sup>46</sup>

## 5.7 De alminnelige krav til arbeidsmiljøet

De alminnelige krav til arbeidsmiljøet følger av aml. kapittel 4. Kravet i aml. § 4-1 (1) om at *”[a]rbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd”* innebærer at arbeidstakers sykdom etter forholdene kan medføre

---

<sup>45</sup> Ot.prp.nr.18 (2002-2003) pkt. 2.5.1.

<sup>46</sup> Se pkt. 5.2

et skjerpet krav til arbeidsmiljøet. Det kan gjelde krav til det fysiske arbeidsmiljøet, jfr aml. § 4-4, det psykososiale arbeidsmiljøet, jfr aml. § 4-3, og generelle krav til arbeidsmiljøet, jfr aml. § 4-1. Man kan godt se på aml. § 4-6 som en presisering av krav som en arbeidstaker med redusert arbeidsevne kan stille til arbeidsmiljøet. En forskjell er at det i de øvrige bestemmelsene er det lagt vekt på å forebygge problemer, mens det i aml. § 4-6 er lagt vekt på å reparere de problemene som allerede har oppstått.

§ 4-1, 4. ledd oppstiller krav om at ”*atkomstveier, sanitæranlegg, arbeidsutstyr, m.v.*” skal være innrettet for arbeidstakere med ”*funksjonshemming*”. I den tidligere arbeidsmiljøloven ble begrepet ”*arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne*” benyttet i stedet for ”*funksjonshemming*”. Endringen ble gjort for å harmonere med aml. § 13-5, som også bruker dette begrepet, og endringen og den nye plasseringen av bestemmelsen gir ikke uttrykk for noen realitetsendring, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307. Imidlertid har denne bestemmelsen neppe noen selvstendig betydning utover hva som ligger i tilretteleggingsplikten i aml. §4-6.

Om krav til arbeidsmiljøet vises til Fougner (2006) s. 179 flg.

## 5.8 Særlig om tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonshemming

Et spørsmål er om arbeidsgivers plikter går lenger dersom arbeidsurføheten er varig. Arbeidstakere med funksjonshemming har hatt et særskilt krav om tilrettelegging i aml. § 13-5.<sup>47</sup> Bestemmelsen går materielt lengre enn aml. § 4-6 og gir i tillegg krav på å ”... *utføre og ha fremgang i arbeidet og ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling.*”

I NOU 2005:8 (Syseutvalget) pkt. 3.3 har utvalget i sin forståelse av begrepet ”funksjonshemming” presisert at begrepet beskriver et individs møte med samfunnet, ved begrenset deltakelse knyttet til nedsatt funksjonsevne, og videre at innholdet kan være

---

<sup>47</sup> Oppheves ved lov 20 juni 2008 nr. 42 (i kraft 1 jan 2009 iflg. res. 20 juni 2008 nr. 631)

avhengig av sammenhengen. Som nevnt over i pkt. 3.3 om årsakssammenheng må jo nettopp sykdom vurderes i sammenheng med den reduserte arbeidsevne. Forskjellen mellom begrepet *”redusert arbeidsevne”* i aml. § 4-6 og *”funksjonshemming”* i aml. § 13-5 synes først og fremst å ligge på to plan. For det første vil en naturlig forståelse av *”funksjonshemming”* ikke omfatte tilfeller av mer kortvarig arbeidsuførhet. For det andre vil *”redusert arbeidsevne”* kunne omfatte problemer av mer psykososial art. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 104 er det antatt at bestemmelsen også vil gjelde der arbeidsevnen kan ha blitt redusert av sosiale forhold. Men ettersom tilrettelegging her bare gjelder arbeidstaker med sykdom, vil dette aspektet ved bestemmelsen ikke være relevant. Spørsmålet blir da om arbeidstakere med sykdom av lengre varighet har krav på tilrettelegging og beskyttelse etter aml. § 13-5.

Aml. §13-5, videreført fra aml. (1977) § 54 F, må sees i lys av Rådskdirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet. Arbeidslivslovutvalgets forslag til implementeringen av dette direktivet om ikke-diskriminering i arbeidslivet arbeid i NOU 2002: 3 danner grunnlaget for dagens lovtekst og samsvarer med direktivets art. 5. Begrepet *”funksjonshemming”* forutsettes her å samsvare med begrepet *”handicap”*, jfr NOU 2002: 3 pkt. 5.2.4. Rettspraksis fra EF-domstolen i tolkningen av direktivet er derfor av betydning for tolkningen av aml. §13-5.

I sak C-13/05 i EF-domstolen ble det stilt spørsmål om direktivet ga beskyttelse mot oppsigelse på grunn av sykdom. En medarbeider i et cateringfirma ble avskjediget utelukkende på grunn av sykdommen etter nesten åtte måneders sykdom. Det var ikke umiddelbare utsikter til friskmelding, og ikke opplyst hva som var sykdomsårsaken. I dommen ble det slått fast at:

*”[e]n person, der er blevet afskediget af sin arbejdsgiver, udelukkende på grund af sygdom, er ikke omfattet af den generelle ramme for bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af handicap, som er fastlagt ved Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000*

*om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.”*

Og videre at:

*”[s]ygdom i sig selv kan ikke anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78.”*

Denne dommen viser at aml. § 13-5 ikke kommer til anvendelse ved vurderingen av om kravene til tilrettelegging er oppfylt i forhold til oppsigelse på grunn av sykdom. Retten ser ut til å trekke et prinsipielt skille mellom oppsigelsesvernet ved sykdom og reglene om vern mot forskjellsbehandling på grunn av funksjonshemming. En annen sak er at tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 kan være større jo mer arbeidsufør arbeidstakeren er.

Det kan være vanskelig å trekke en klar grense mellom langvarig sykdom og funksjonshemming. Formålet bak de to bestemmelsene er også forskjellig og hvor grensen går må vurderes konkret i lys av formålsbetraktninger. Mens aml. § 4-6 er en del av oppsigelsesvernet ved sykdom må aml. § 13-5 vurderes i et likebehandlingsperspektiv.

## 5.9 Arbeidstakers medvirkningsplikt

Tilretteleggingsplikten må også vurderes i sammenheng med arbeidstakerens medvirkningsplikt. Medvirkningsplikten følger av aml. § 2-3 og ftrl. § 8-8, men den kan også utledes av den alminnelige lojalitetsplikt. Det fremgår av ftrl. § 8-8 at den ansatte *”har plikt til å gi opplysninger til arbeidsgiveren og trygdeetaten om egen funksjonsevne og bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet blir utredet og iverksatt...”*. Medvirkningsplikten har betydning flere steder.

For det første kan medvirkningsplikten ha betydning i forkant av at det oppstår sykdom eller skade. For eksempel har arbeidstaker plikt til å medvirke ved helse-, miljø-, og

sikkerhetsarbeid i bedriften. I forarbeidene heter det at ”[S]elv om det er et grunnleggende prinsipp at ansvaret for arbeidsmiljøarbeidet i virksomheten ligger på arbeidsgiver, har arbeidstakerne likevel plikt til å medvirke ved gjennomføringen av de tiltak som blir satt i verk for å skape et sunt og trygt arbeidsmiljø, og til å delta i det organiserte vernearbeidet i virksomheten, jf. arbeidsmiljøloven § 16. Arbeidstakerne skal herunder utføre arbeidet i samsvar med påbud og instruksjoner fra overordnet eller fra Arbeidstilsynet. De skal bruke påbudt verneutstyr, vise aktsomhet og ellers medvirke til å hindre ulykker og helseskader”.<sup>48</sup> Dette viser at arbeidstaker har et medansvar når det gjelder å hindre ulykker og helseskader i arbeidsgivers tjeneste. Når en arbeidsuførhet oppstår som følge av svikt i medvirkningsplikten behøver det ikke å ha sammenheng med arbeidsforholdene eller forsømmelser fra arbeidsgiver. Dersom en arbeidsulykke har oppstått fordi arbeidstaker ikke har fulgt interne HMS-rutiner, for eksempel ved uten rimelig grunn å unnlate og bruke påbudt verneutstyr, kan dette faktisk være et moment som kan tale for en oppsigelse etter endt verneperiode.

For det andre har medvirkningsplikten betydning for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, jfr hva som er ”mulig” i henhold til aml. § 4-6 (1). Arbeidstaker har som nevnt plikt til å opplyse om sin egen funksjonsevne. Om betydningen av arbeidstakers medvirkning i forhold til egen funksjonsevne uttaler forarbeidene følgende: ”En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne oppfylle sin plikt til individuell tilrettelegging av arbeidet, er at arbeidstaker medvirker og opplyser om sin funksjonsevne. Arbeidstakers bidrag er en forutsetning for at arbeidsgivers sykefraværarbeid skal ha reell effekt, og det stilles således krav til arbeidstakers medvirkning i tilretteleggingsprosessen... Dersom en arbeidstaker uten rimelig grunn vegrer seg mot å samarbeide med arbeidsgiver på dette området, vil dette naturlig begrense arbeidsgivers plikter til individuell tilrettelegging og til utarbeiding av oppfølgingsplaner.”<sup>49</sup> Tilretteleggingstiltak må nødvendigvis basere seg på opplysninger fra den enkelte arbeidstaker, eventuelt dennes lege. Det er bare arbeidstaker selv som vet hva han kan klare av arbeidsoppgaver.

---

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) på s. 5

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10 flg.

Dessuten har arbeidstaker plikt til å medvirke ved utarbeidelse og gjennomføring av oppfølgingsplanen, det vil si ved dialog og samarbeid om aktuelle tilretteleggingstiltak og ved gjennomføringen av tiltakene. Dette følger direkte av aml. § 2-3 (2) bokstav f. og kan også leses ut av ftrl. § 8-4, 2. ledd som oppstiller krav om at arbeidstaker må prøve seg i ”*arbeidsrelatert aktivitet m.m.*”. Et eksempel fra rettspraksis hvor arbeidstakers manglende medvirkning ble tillagt betydelig vekt ved selve tilretteleggingen (omplassering) har vi fra Bergen byrett, NAD-1986-222. Oppsigelse av ufaglært spesialarbeider på grunn av langvarige sykefravær ble ansett rettmessig. Arbeidstaker ble ansatt i august 1981 og sagt opp i september 1984. I løpet av de siste 2 1/2 år før oppsigelse hadde han vært fraværende i 320 arbeidsdager, hvorav de siste seks måneder sammenhengende, etter å ha skadet kneet under en fotballkamp i august 1982. Bedriften hadde gjort atskillige anstrengelser for å lette hans arbeidssituasjon. Retten fant at bedriften ved omplassering til annet arbeid hadde oppfylt kravene etter arbeidsmiljøloven § 13 nr. 2. Arbeidstakeren hadde selv bare i liten grad medvirket til å lette sin arbeidssituasjon, og hadde utvist en negativ holdning til bedriftens forsøk på omplassering.

## **6 Saklighetsvurderingen for øvrig (rimelighetsvurdering)**

Foruten en vurdering av sykdomsbildet og tilretteleggingstiltak må det foretas en avveining av rimelighetshensyn før det kan slås fast hvorvidt det foreligger saklig grunn til oppsigelse. Aml. § 15-7 bygger på prinsippet om individuell saklighet. Derfor kan subjektive rimelighetsmomenter medføre forskjellig resultat i to saker hvor sykdomsbildet og tilretteleggingen er den samme.

Ved oppsigelse på grunn av ”*driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak*” er det uttrykkelig uttalt i loven at det skal ”*foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker*”, jfr aml. § 15-7 (2). Noen tilsvarende bestemmelse gjelder ikke ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.

Likevel må det også ved oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold foretas en rimelighetsavveining. I Rt-1984-1058 ble en skuespiller ved Nationaltheateret oppsagt etter ni og et halvt års ansettelse. Dette ble begrunnet i manglende kunstneriske egenskaper. Om domstolens prøvelsesrett uttaler Høyesterett på s. 1067 at *"domstolene kan prøve...om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren. Når det gjelder det sistnevnte moment, finner jeg grunn til å vise til Ot. prp. nr. 41 (1975-76), side 72, hvor det påpekes at rimelighetssynspunkter i forhold til den oppsagte etter hvert er kommet sterkere inn i bildet."* Selv om oppsigelse ble ansett saklig begrunnet (dissens 3-2) la Høyesterett vekt på at arbeidstaker var enslig forsørger og at hun derfor og på grunn av sin alder vil ha vanskeligheter med hensyn til nytt engasjement. Synet som Høyesterett her la til grunn er senere fulgt opp, blant annet i Rt-1999-184. I denne dommen var en arbeidstaker avskjediget på grunn av naskeri av noen gummihansker og støvkluter. Avskjeden ble først opprettholdt som oppsigelse i lagmannsretten. Men høyesterett uttalte på s. 190 at *"[d]a ser man imidlertid etter mitt skjønn bort fra at når As forgåelse utelukkende var naskeriet av kluter og gummihansker, måtte hennes personlige situasjon ha kommet sentralt inn i en vurdering av om det var rimelig at arbeidsforholdet skulle opphøre."* Det var derfor heller ikke saklig grunn til oppsigelse.

Subjektive rimelighetsmomenter hos arbeidstaker har følgelig også betydning ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Imidlertid må man ved oppsigelse på grunn av sykdom ta i betraktning de særskilte hensyn som ligger bak, blant annet at reglene skal hindre utstøting fra arbeidslivet. Dette tilsier at man i større grad må legge vekt på rimelighetshensyn i forhold til arbeidstaker som blir oppsagt på grunn av sykdom. Dessuten vil arbeidstaker som blir oppsagt på grunn av sykdom som regel vil være i en vanskelig situasjon, og bare av den grunn vil rimelighetsbetraktninger være en faktisk viktig del av vurderingen.



Alder, ansiennitet, forsørgelsesbyrde, sosiale og økonomiske forhold hos arbeidstaker kan være av betydning. Et særegent vurderingstema ved oppsigelse på grunn av sykdom er hvorvidt arbeidstaker har rett til økonomiske ytelser ved sykdom.

Som regel er arbeidstaker sikret sykepenger de første 52 ukene ved sykdom.<sup>50</sup> Etter ftrl. § 8-19 har arbeidstaker rett til sykepenger fra arbeidsgiver i 16 kalenderdager (arbeidsgiverperioden). Etter dette gis det som hovedregel sykepenger fra trygden i inntil 250 dager, jfr. ftrl. § 8-12, 1. ledd. Etter ett års sykdom vil arbeidstaker kunne ha rett på rehabiliteringspenger (langtidssykepenger) eller yrkesrettet attføring, eventuelt tidsbegrenset uførestønad,<sup>51</sup> se pkt. 2.3. Rehabiliteringspenger og attføringspenger gir som regel 66 prosent inntektsdekning. De midlertidige ytelsene ved sykdom har som hovedregel krav om at minst 50 prosent av inntektsevnen er bortfalt. Dessuten gjelder krav om tilknytning til det norske samfunnet, krav om sykdom, krav til behandling, mv. Ikke alle arbeidstakere vil kvalifisere. For en fremstilling av sykdomsbaserte trygdeytelser vises til Kjønsstad (2008) s. 253 flg. Praktisk viktig er også at ytelser ved lønn under sykdom kan være fastsatt i tariffavtale eller følge av arbeidsavtalen og gi rettigheter det som følger av folketrygden. For eksempel har man i offentlig sektor en tjenstepensjonsordning som sikrer arbeidstakeren et videreført inntektsnivå på 66 prosent. For å få rett til ytelser under uførhet under folketrygden må uføregraden være minst 50 prosent. I tjenstepensjonsordningen har man ikke en slik minstegrense. Dersom arbeidstaker ikke har rett på slike ytelser vil han kunne havne i en økonomisk vanskelig situasjon ved en eventuell oppsigelse. I så fall er dette et moment som kan tale mot at det foreligger saklig grunn til oppsigelse.

For øvrig er det viktig å nevne at en oppsigelse kan være begrunnet i flere årsaker samtidig. Dersom også andre forhold taler for en oppsigelse kan sykdomsrelaterte problemer medføre en saklig oppsigelse, selv om dette ikke alene er tilstrekkelig. Jeg vil ikke gå nærmere inn

---

<sup>50</sup> Jakhelln (2007) s. 358 flg.

<sup>51</sup> Det er i St.mld nr. 9 (2006-2007) foreslått å slå disse ytelsene sammen til én felles ytelse - "arbeidsavklaringspenger"

på dette her, men vise til den omfattende rettspraksis og litteratur som finnes i tilknytning til aml. § 15-7. Se for eksempel Fougner (2006) s. 780 flg.

## **7 Konklusjon/oppsummering**

En oppsigelse begrunnet i arbeidstakers sykdom tar utgangspunkt i sykdommen og de problemene den medfører for arbeidsgiver. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er da sentral i vurderingen. Det må vurderes om arbeidsgiver har gjort sitt for å bidra til tilbakeføring av arbeidstaker og en positiv utnyting av arbeidstakers funksjonsevne. Arbeidsgivers opptreden forut for sykdommen kan også ha betydning for oppsigelsesadgangen. Manglende rutiner for oppfølging av sykefravær på sykdomstidspunktet kan spille inn. Det samme gjelder manglende arbeid med å ivareta sikkerhet på arbeidsplassen. Men ofte er arbeidstakers medvirkningsplikt en forutsetning for arbeidsgivers mulighet for å legge forholdene til rette på arbeidsplassen. Selv om tilretteleggingsplikten er oppfylt, er det ingen automatikk i at oppsigelsen er saklig begrunnet. Det må også foretas en rimelighetsvurdering, hvor arbeidsgivers ulemper ved å fortsette arbeidsforholdet må veies opp mot arbeidstakers problemer ved en oppsigelse.

Det vil i mange tilfeller være adgang til oppsigelse i tilfeller hvor arbeidstaker etter verneperioden fortsatt ikke har utsikter til å gjenoppta arbeidet og hvor det ikke finnes andre løsninger i bedriften. I praksis er det derfor mulighetene for omplassering som ofte avgjør grensene for oppsigelsesadgangen.<sup>52</sup> Dette kan være betenkelig, ettersom mulighetene for omplassering beror på arbeidsgivers evne og vilje til å undersøke disse mulighetene. Det innebærer også at arbeidstakers rettsstilling er nokså forskjellig, avhengig av bedriftens størrelse.

---

<sup>52</sup> Fanebust (2001) s. 197 flg.

Både sykdomsbegrepet og saklighetskravet er funksjonelle begreper og innholdet endres over tid. Derfor er også rettsstillingen ved oppsigelse på grunn av sykdom noe som vil endres over tid. Jeg tror at man i tiden fremover vil oppleve økte krav til både arbeidstakers og arbeidsgivers plikter i forhold til tilrettelegging. Jeg tror også at man vil oppleve mer spesifiserte plikter og krav ved arbeidstakers sykdom. Et eksempel på dette er krav om oppfølgingsplaner som nå er kommet inn i arbeidsmiljøloven. En konsekvens er at domstolene kan komme til å legge større vekt på tilretteleggingstiltak og miljøarbeid i bedriftene ved saklighetsvurderingen. En slik utvikling vil være naturlig i lys av målsetningen om å hindre utstøting fra arbeidslivet.

## **8 Kilder**

### **8.1 Litteraturliste**

#### **8.1.1 Bøker**

Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig *Endring og opphør av arbeidsforhold*. Oslo, 2008

Bjørnaraa, Torgeir, Espen Gaard, Anette Selmer *Norsk tjenestemannsrett*. 1. utg. Tano Aschehoug, 2000

Dege, Jan Tormod *Arbeidsgivers styringsrett Bind III: Oppsigelse og avskjed. Den spesielle del*. Oslo, 1997

Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, 2003

Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Bergen, 2001

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*. Oslo, 2006

Jakhelln, Henning og Helga Aune *Arbeidsrett.no*. 2. utg. Oslo, 2006

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg., 2. opplag. Oslo, 2007

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*. Oslo, 2008

Nielsen, Ruth *European Labour Law*. Copenhagen, 2000

#### 8.1.2 Artikler

Kokkvold, Lars *Sykdomsfravær som oppsigelsesgrunn etter at verneperioden i arbeidsmiljøloven § 64 er utløpt*. I: *Arbeidsrett*, 2005, nr. 01, s. 44-55.

#### 8.2 Lovregister

1936 Lov om arbeidervern av 19. juni nr. 8 (opphevet)

1956 Lov om arbeidervern av 12. juli nr. 2 (opphevet)

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4 (opphevet)

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars nr. 3

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar nr. 19

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni nr.

### 8.3 Forskrifter

1998 Forskrift om bruk av arbeidsutstyr av 26. juni nr. 608

2001 Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember nr. 1544

2003 Forskrift om tilretteleggingstilskudd av 19. desember nr. 1671

2007 Forskrift om avklaring, arbeidsrettet rehabilitering og oppfølging for sykmeldte arbeidstakere av 28. mars nr. 360

### 8.4 Direktiv

89/391/EØF Rådets direktiv av 12. juni 1989 om iverksettelse av foranstaltninger til forbedring av arbeidstakernes sikkerhet og sundhet under arbeidet

2000/78/EF Rådets direktiv av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (Rammedirektivet mot diskriminering)

### 8.5 Rettspraksis

#### 8.5.1 Høyesterettsdommer

Rt-1984-1058 (Nationaltheatret)

Rt-1986-224

Rt-1986-1429 (kjennelse)

Rt-1988-959

Rt-1992-1482

Rt-1995-227

Rt-1999-163 (AKAN-dommen)

Rt-1999-184

### 8.5.2 Lagmannsrettsdommer

LB-2005-182268

LF-2004-27911

LB-2002-2867

LB-2000-3513

LG-2000-1060

LB-1995-458

LE-1992-2154

LE-1990-478

NAD-1981-274, Agder lagmannsretts dom av 17. mars 1982

NAD-1981-168, Eidsivating lagmannsretts dom av 2. november 1981

### 8.5.3 Tingrettsdommer

RG-1985-577 Tana og Varanger herredsrett

RG-1988-735 Nordre Sunnmøre herredsrett

NAD-1986-222 Bergen byrett

### 8.5.4 Trygderettsdommer

Kjennelse av 14. januar 1976, ankesak nr. 595/75, publikasjonsnummer 08/91

### 8.5.5 Avgjørelser fra EF-domstolen

C-13/05. Dom 11. juli 2006. Direktiv 2000/78/EF – likebehandling med hensyn til  
beskjeftigelse og erverv – begrepet handikap

### 8.5.6 Offentlige dokumenter

NOU 2000: 27 Sykefravær og uførepensjonering: Et inkluderende arbeidsliv. (Sandman)

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

NOU 2005: 8 Likeverd og tilgjengelighet

Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.

Ot.prp. nr. 31 (1934)

Om forandringer i lov om arbeidstvister av 5. mai 1927

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)

Om lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)

Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø.

Ot.prp. nr. 29 (2001-2002)

Om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.)

Ot.prp. nr. 18 (2002-2003)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven

Ot.pr. nr. 104 (2002-2003)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 48 (2003-2004)

Om lov om endringer i folketrygdloven (nye regler om sykmelding mv.)

Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.  
(arbeidsmiljøloven)

Innst. O nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø,  
arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven)

Besl. O nr. 96 (2004-2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.  
(arbeidsmiljøloven)

St.mld. nr. 39 (1991-92) – Attføringsmeldinga

St.mld. nr. 40 (2002-2003) – Nedbygging av funksjonshemmende barrierer. Strategier, mål  
og tiltak i politikken for personer med nedsatt funksjonsevne

St.mld. nr. 9 (2006-2007) - Arbeid, velferd og inkludering



